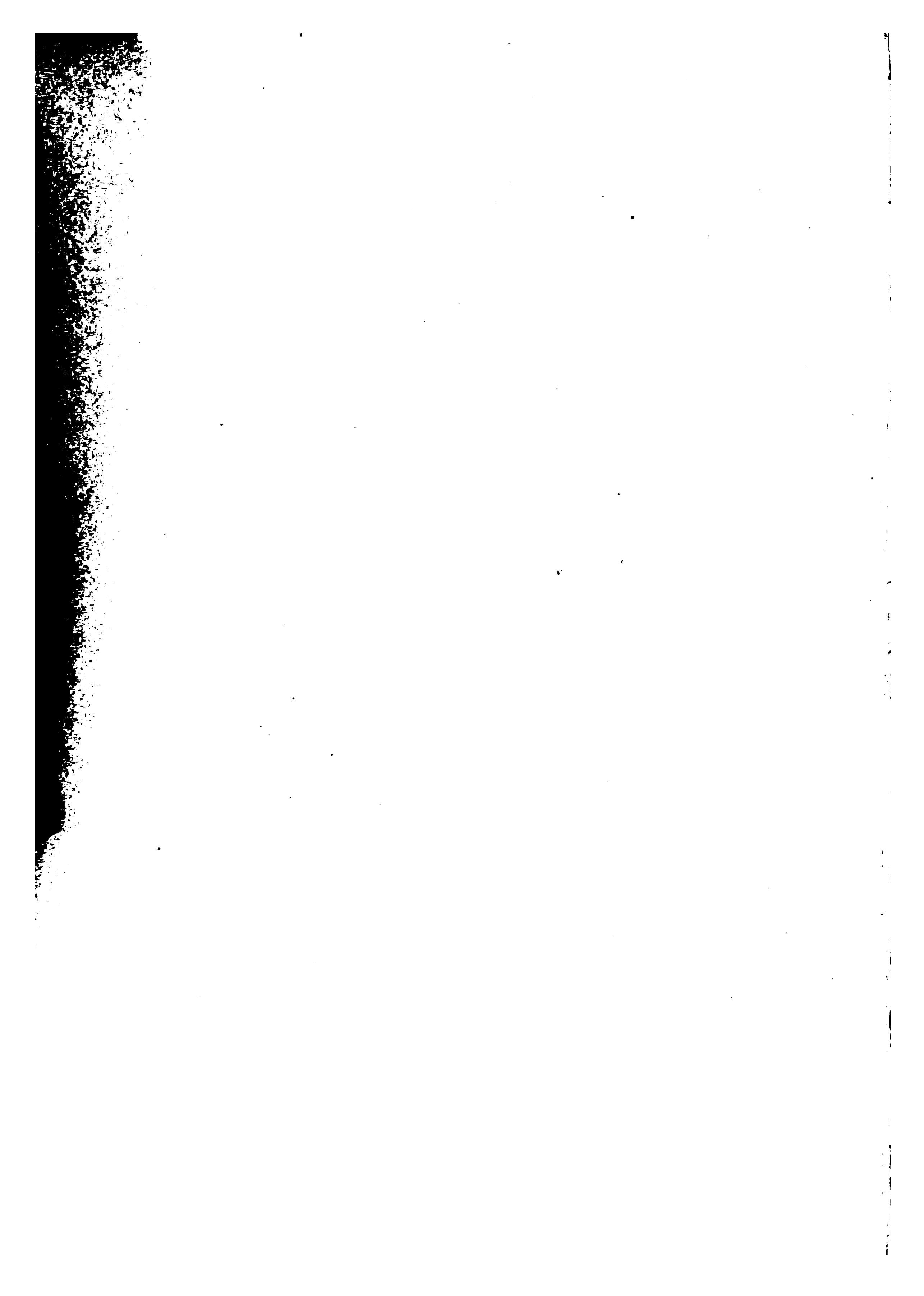


Motive zu dem Entwurfe

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das

Deutsche Reich.

Band V.

Erbrecht.



Amtliche Ausgabe.

Berlin und Leipzig.
Verlag von J. Guttentag
(D. Collin).
1888.



Fünftes Buch.

Erbrecht.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften.

Erbrecht.

Das fünfte Buch führt die Ueberschrift „Erbrecht". Das Wort ist festgehalten zur Bezeichnung des Inhaltes des fünften Buches, obschon auch „Erbrecht" im subjektiven Sinne nicht zu entbehren ist (vergl. §§ 1384, 1385, 1387, 1624, 1628). Allein diese Bezeichnung ist die übliche. Ueberdies empfiehlt sich das Wort durch seine Kürze, und sind Mißverständnisse nicht zu besorgen.

Das Erbrecht befaßt sich nur mit dem für alle Kreise der Gesellschaft und der Bevölkerung geltenden Rechte. Vorschriften über das bäuerliche Erbrecht (Anerbenrecht), über die Erbfolge in Fideikommiß-, Stamm- und Lehengüter gehören nicht an diese Stelle. Die erforderlichen Vorschriften werden in das Einführungsgesetz aufgenommen werden.

Zerlegung des Stoffes.

Der Entwurf zerlegt den Stoff in Ansehung der Erbfolge in sechs Abschnitte. Vorausgeschickt sind im ersten Abschnitte einige Vorschriften, welche für alle übrigen Abschnitte gelten und aus welchen insbesondere die Grundbegriffe sich ergeben, mit welchen der Entwurf zu rechnen hat.

Die Abschnitte 2--4 enthalten die einzelnen Delationsgründe: letztwillige Verfügung, Verfügung von Todeswegen durch Vertrag, sodann Gesetz. Im sechsten Abschnitte finden sich die für alle Delationsgründe geltenden Vorschriften über die Rechtsstellung des Erben.

Der zwischen dem vierten und sechsten Abschnitte eingefügte Abschnitt enthält die Vorschriften über den Erbverzicht. Dieses Institut, welches in Ansehung des Rechtsgeschäftes Verfügung von Todeswegen ist, bildet inhaltlich keinen Delationsgrund, beseitigt aber einen gesetzlichen Delationsgrund (Verzicht auf die gesetzliche Erbfolge).

Die Vorschriften über Vermächtnisse, Auflagen, Ernennung eines Testamentsvollstreckers und über Pflichttheilsrecht (Pflichttheilsanspruch eine Geldforderung gegen den Erben) sind als Beschränkungen oder Beschwerungen des Erben am entsprechenden Orte eingefügt (Abschn. II Tit. 4, 5, Abschn. IV Tit. 2).

Verhältniß der Delationsgründe.

Ueber das Verhältniß der Delationsgründe (Verfügung von Todeswegen und Gesetz) spricht sich der Entwurf im § 1751 aus. Er bestimmt nicht einen grundsätzlichen Vorzug des einen oder anderen Delationsgrundes. Hierfür ist auch die äußere Reihenfolge, in welcher der Entwurf die Vorschriften über Verfügung von Todeswegen und gesetzliche Erbfolge enthält, ohne Belang. Diejenigen neueren Kodifikationen, welche, wie der code civil, das sächs. G. B., Mommsen und der hess. Entw., die gesetzliche Erbfolge voranstellen, haben ebenfalls damit nicht grundsätzlich Stellung nehmen wollen zu der Frage, ob die Verfügung von Todeswegen oder das Familienerbrecht zum Ausgangspunkte zu nehmen sei.

Nachgiebiges Recht. Auslegungsregeln.

Von besonderer Bedeutung ist auf dem Gebiete des Erbrechtes der Unterschied zwischen zwingendem und nachgiebigem Rechte. Auch in dem fünften Buche ist von dem Versuche, den Karakter der einzelnen Vorschriften in diesem Sinne überall ersichtlich zu machen, Abstand genommen worden. Die Erwägungen, welche zu einem gleichen Ergebnisse in Ansehung der übrigen Bücher geführt haben (Motive zum Allg. Th. S. 17) sind dafür auch hier maßgebend. Nur in solchen Fällen, in welchen in dieser Richtung erhebliche Zweifel entstehen könnten, oder in welchen ein Hinweis auf die Zulässigkeit der Ausschließung durch Rechtsgeschäft von besonderer Wichtigkeit erschien, ist der dispositive Karakter der Vorschrift durch einen hierauf sich beziehenden Zusatz ersichtlich gemacht worden.

Daß im fünften Buche Auslegungsregeln in größerem Umfange als in den ersten Büchern aufgestellt sind, rechtfertigt sich dadurch, daß die Willensauslegung in Ansehung der Verfügungen von Todeswegen vielfach auf größere Schwierigkeiten stößt, da der Mund des Verfügenden sich geschlossen hat, und daß manchen Streitigkeiten durch solche Vorschriften vorgebeugt werden kann.

Sukzession in das Vermögen.

Die Erbrechtsnormen befassen sich mit der Sukzession in das Vermögen. Auf dem Gebiete des Rechtes der Schuldverhältnisse ist anerkannt, daß zu dem Wesen der Obligation nicht ein vermögensrechtliches Interesse des Gläubigers gehört (Motive dazu S. 5). Auch solche Obligationen unterliegen den allgemeinen Sukzessionsgrundsätzen. Dies wird nicht zweifelhaft sein. Die höchstpersönlichen Rechte scheiden selbstverständlich aus. Ob und inwieweit eine Sukzession in sonstige persönliche Rechte (Mitgliedschaft bei einem Personenvereine, Ehrenrechte, Patronat u. s. w.) stattfindet, müssen die der Spezialmaterie angehörenden Normen ergeben. Allgemeine Vorschriften lassen sich darüber nicht geben.

§ 1749.

Begriffsbestimmungen.

Der § 1749 enthält im ersten Absatze die Begriffsbestimmungen für Erbschaft, Erben und Erbfall. Neben dem Tode des Erblassers ist nicht besonders der Todeserklärung als Veranlassung des Eintrittes des Erbfalles gedacht. Dies ist wegen des § 21 Abs. 2 entbehrlich (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 47). Die besondere Erwähnung der Todeserklärung könnte zu dem Mißverständnisse Anlaß geben, der Todeserklärung solle in Ansehung des Ueberganges des Vermögens einer verstorbenen Person auf deren Erben eine über den § 21 hinausgehende Bedeutung beigelegt werden.

Vermögen als Erforderniß der Beerbung.

Keines der in Deutschland geltenden Rechte erfordert für die Beerbung, daß der Erblasser Vermögen habe oder hinterlasse[1]). Nach einigen Rechten ist jedoch erforderlich, daß der Erblasser vermögensfähig war und tritt in Ansehung der Nichtvermögensfähigen der Erbfall bereits früher ein, z. B. bei bürgerlich Todten und Religiosen[2]). Der Entwurf kennt das Institut des bürgerlichen Todes nicht. Ueber den Anfall an Religiose ist das Einführungsgesetz zu vergleichen.

Universalsukzession. Erbfolge.

In jeden Nachlaß findet, unabhängig von dem Willen des Erblassers, Universalsukzession statt. Dies spricht der zweite Absatz aus, welcher zugleich den Begriff der Erbfolge erläutert. Die praktische Bedeutung der Vorschrift liegt darin, daß eine Disposition wirkungslos ist, welche sich darauf beschränkt, den Eintritt der Erbfolge zu verbieten, und daß, wenn der Erblasser ohne ausdrückliche oder stillschweigende Einsetzung eines Erben lediglich über einzelne Stücke des Nachlasses verfügt, die gesetzliche Erbfolge eintritt. Eine besondere Vorschrift dieses Inhaltes ist mit Rücksicht auf deren fundamentale Bedeutung zweckmäßig. Die zwingende Natur der Vorschrift zu betonen, erscheint angemessen.

§ 1750.

Mehrere Erben. Erbtheile.

Auf mehrere Erben geht die Erbschaft nach Bruchtheilen über. Dies bestimmt der erste Absatz, welcher zugleich die Begriffsbestimmung für Erbtheile enthält. Der ausgesprochene Grundsatz gilt für alle Berufungsgründe und ist deshalb in den ersten Abschnitt aufgenommen (vergl. sächs. G. B. § 2002; Mommsen § 3, dessen Motive S. 135, u. A.). Die Vorschrift trifft selbstverständlich auch den Fall, daß durch Verfügung von Todeswegen ein Erbe, aber nur zu einem Bruchtheile der Erbschaft eingesetzt ist. In einem solchen Falle treten in Ansehung der übrigen Bruchtheile nach den §§ 1751 Abs. 2, 1790 Abs. 1 die gesetzlichen Erben ein. Mithin sind auch dann mehrere Erben vorhanden.

Erbschaft und Erbtheil.

Die Aufnahme der allgemeinen Vorschrift, daß, soweit nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergiebt, auf einen Erbtheil die auf die Erbschaft sich beziehenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden (Abs. 2), erspart für zahlreiche Vorschriften, z. B. §§ 2028—2030, 2032—2034, 2038, 2039, 2042 u. s. w., die Wiederholung, daß die Vorschriften außer auf die Erbschaft auch auf den Erbtheil sich beziehen.

§ 1751.

Erbeinsetzung.

Die Begriffsbestimmung der Erbeinsetzung enthält der § 1751 im Abs. 1, im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit allen geltenden Rechten[3]), abgesehen

[1]) Roth, bayr. Pr. R. § 296 Anm. 2; Stobbe § 280.

[2]) Roth § 296 Anm. 3—5; Stobbe § 280, III; preuß. A. L. R. II, 11 §§ 1199 ff.

[3]) Windscheid §§ 528, 551; Stobbe § 278; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 4, 44; sächs. G. B. §§ 2000, 2002, 2011, 2063, 2166, 2168; österr. G. B. §§ 532, 553; Mommsen §§ 2, 3, 17, 133, 135; hess. Entw. Art. 23, 41, 42, u. A.

von dem code civil. Nach dem letzteren ist der Testamentserbe nur wirklicher Erbe, wenn er auf den ganzen Nachlaß eingesetzt ist und Notherben nicht gegenübersteht. In allen anderen Fällen ist der eingesetzte Erbe zwar gegenüber den Gläubigern und Vermächtnißnehmern Erbe, gegenüber den gesetzlichen (Noth-) Erben ist er aber nur Legatar à titre universel; er hat gegen diese Erben lediglich Anspruch auf Ausantwortung des Nachlasses (vergl. Art. 1006 mit Art. 1004—1009, 1012, 1013). Der Entwurf, welcher nur einen obligatorischen Pflichttheilsanspruch kennt, hat keinen Anlaß, dem code civil sich anzuschließen.

Der Erblasser kann, wen er will, zum Erben einsetzen, soweit nicht das Gesetz etwas Abweichendes bestimmt.

Verhältniß der Delationsgründe.

Zugleich enthalten die Vorschriften des § 1751 eine Regelung des Verhältnisses der Delationsgründe zu einander (Abs. 2). Die gesetzliche Erbfolge tritt nicht ein, wenn und soweit der Erblasser einen Erben eingesetzt hat. Hierdurch tritt bereits hervor, daß der Entwurf den Satz des röm. Rechtes „nemo paganus pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest" (vergl. zum § 1790) nicht anerkennt. Die gesetzlichen Erben treten ein, wenn überhaupt ein Erbe nicht eingesetzt ist, aber auch neben dem eingesetzten Erben, soweit der Erblasser nur über einen Theil des Nachlasses verfügt hat. Wer die Berechtigten sind, falls und soweit die gesetzliche Erbfolge eintritt, ergeben die §§ 1965 ff.

Aber auch wenn und soweit die Erbeinsetzung unwirksam ist oder unwirksam wird, tritt die gesetzliche Erbfolge ein. Hierdurch werden einbezogen die Fälle, daß der Eingesetzte in Folge seines Todes vor dem Erblasser weggefallen ist, daß der Eingesetzte ausschlägt, soweit nicht durch Ersatzerbeinsetzung oder sonst vorgesorgt ist, endlich, daß die Verfügung von Todeswegen nichtig oder anfechtbar und angefochten ist (§§ 108, 112), selbst wenn die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit erfolgt ist (§ 2046). Eine Aufzählung der einzelnen Fälle ist weder erforderlich noch rathsam. Der Entwurf giebt darüber an den einschlagenden Stellen nähere Auskunft.

Verfügung von Todeswegen.

Der § 1751 bezieht sich seinem ganzen Inhalte nach auf alle Verfügungen von Todeswegen. Unter diesem Ausdrucke faßt der Entwurf durchweg (vergl. z. B. §§ 59, 62, 663, 1395, 1409 u. A., Motive zum Allg. Th. S. 120) einseitige widerrufliche Verfügungen und vertragsmäßige, nicht einseitig widerrufliche Verfügungen zusammen.

§ 1752.

Ueberleben des Erben.

Daß Erbe nicht werden kann, wer den Erblasser nicht überlebt hat, ist eine allgemeine Regel[1]). Im Allgemeinen ist davon auszugehen, Erbe könne nicht werden, wer nicht zur Zeit des Erbfalles schon lebt und noch lebt. Daß der Erbe den Eintritt des Erbfalles erleben müsse, kann nicht bestimmt werden.

[1]) Vergl. Windscheid § 535 Anm. 4; preuß. A. L. R. I, 9 § 367, I, 12 § 631; sächs. G. B. § 2008; österr. G. B. § 536; code civil Art. 725, 906, 1039; Mommsen § 8 Abs. 1; hess. Entw. Art. 4.

Denn der allgemeine Grundsatz erleidet Modifikationen in Ansehung des zur Zeit des Erbfalles schon Empfangenen (§ 2026) und in Ansehung des als Nacherbe Eingesetzten (§§ 1758, 1808). Wegen der aufschiebend bedingten Zuwendung ist zu vergleichen der § 1761, wegen des Todes des eingesetzten Nacherben nach dem Erbfalle, aber vor dem Eintritte der Nacherbfolge der § 1810.

Besondere Vorschriften für den Fall, daß der Anfall erst nach dem Erbfalle erfolgt[1]), sind an dieser Stelle nicht erforderlich.

Materielle Bedeutung hat die Vorschrift wesentlich in Ansehung des eingesetzten Erben. Denn für die gesetzliche Erbfolge bestimmt sich die Berechtigung gemäß § 1964 nach der Zeit des Erbfalles, sodaß als Erbe nur in Betracht kommen kann, wer zur Zeit des Erbfalles noch lebt.

Das dem Erben Zugedachte geht auf dessen Erben nicht über, wenn er den Erblasser nicht überlebt hat. Dies wird durch die Vorschrift dem Zweifel entrückt.

Weitere Vorschriften sind in den ersten Abschnitt nicht aufgenommen. Die Vorschriften, betreffend den Uebergang der einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers auf den Erben (§§ 2051 ff.) hierher zu übernehmen, ist für angemessen nicht erachtet worden, weil dieselben besser im Zusammenhange mit den Wirkungen des Erbschaftserwerbes zu verstehen sein werden.

---

1) Vergl. österr. G. B. § 545, Unger § 5 Anm. 1, 20; Mommsen § 8 Abs. 1.

Zweiter Abschnitt.

Letztwillige Verfügung.

Erster Titel.

Allgemeine Vorschriften.

Vorbemerkung.

Letztwillige Verfügung. Testament. Letzter Wille.

Der Entwurf verwendet die Ausdrücke „letztwillige Verfügung“ und „Testament“ als gleichbedeutend. An dem Worte „Testament“ ist festgehalten, obschon es ein Fremdwort ist, weil das Wort sich überall in Deutschland Bürgerrecht erworben hat und selbst im Gebiete des sächs. G. B., welches das Wort vermeidet, keineswegs verdrängt ist. Auch ist das Wort in der Zusammensetzung, z. B. Testamentsvollstrecker, nicht wohl zu entbehren. Beide Ausdrücke bezeichnen die einseitige widerrufliche Verfügung ohne Unterscheidung ihres spezifischen Inhaltes (Erbeinsetzung oder sonstige Disposition). Der Erblasser ist zwar in gleicher Weise ungebunden in Ansehung gewisser Dispositionen, welche in Erbeinsetzungsverträgen getroffen sind, also der Wirkung nach der letztwilligen Verfügung in dem hier in Rede stehenden Sinne gleichstehen. Von Verfügungen solcher Art spricht der Entwurf erst in den §§ 1955 ff. Hervorzuheben, daß für diese Verfügungen die für letztwillige Verfügungen geltenden allgemeinen materiellen Vorschriften anwendbar bleiben, ist nicht nothwendig. Ueberdies würde der Gedanke kaum aus dem Gesetze erkennbar werden.

Eine Unterscheidung in dem Sinne, daß „Testament“ oder „letzter Wille“ verwendet wird, um den Inbegriff der getroffenen letztwilligen Verfügungen, möge es sich dabei um eine oder mehrere Verfügungen handeln, zu bezeichnen, dagegen unter „letztwilliger Verfügung“ eine einzelne von mehreren in einem Akte niedergelegten Verfügungen verstanden wird, ist nicht rathsam. Eine solche Unterscheidung läßt sich terminologisch nicht streng durchführen.

Den Ausdruck „letzter Wille“ als gleichbedeutend zu erwähnen, besteht kein Bedürfniß. Nicht alle im Leben geläufigen Ausdrücke können oder müssen zu technischen gemacht werden.

Der erste Titel des Abschnittes befaßt sich mit allgemeinen Vorschriften, und zwar in den §§ 1753, 1754 mit dem Begriffe der letztwilligen Verfügung und der Testirfreiheit, in den §§ 1755—1776 mit dem Inhalte der letztwilligen Verfügung, in den §§ 1767—1779 mit der Willenserklärung und in den §§ 1780—1787 mit der Willensbestimmung.

§§ 1753, 1754.

I. Begriff. Testirfreiheit.

Die wichtige soziale Frage, ob die Testirfreiheit zu beschränken oder zu erweitern sei, hat noch keineswegs die erforderliche Klärung erfahren, um sie in unabhängiger Weise im Wege der Gesetzgebung zu lösen. Deshalb ist in dieser Beziehung noch Anschluß an das geltende Recht zu suchen. Wenn der erste Absatz des § 1753 ausspricht, daß der Erblasser durch einseitige Verfügung verfügen kann, so fügt er doch die Einschränkung bei „soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt". Der Grundsatz erleidet nämlich wesentliche Einschränkungen, theils durch die nachfolgenden Vorschriften über Testamentsfähigkeit, Pflichttheil, Erbvertrag u. s. w., theils aber auch in anderen Richtungen (vergl. z. B. § 1390).

Nach dem bestehenden Rechte steht ferner nicht selten dem Fiskus oder einer anderen juristischen Person in Ansehung des Nachlasses einer verpflegten oder unterstützten Person ein die letztwillige Verfügung ausschließendes oder beschränkendes Recht zu, entweder kraft des Gesetzes oder so, daß es an den Eintritt in die Anstalt oder die Verpflegung geknüpft werden kann. Ob in dieser Hinsicht ein Vorbehalt am Platze sei, wird bei Berathung des Einführungsgesetzes zu prüfen sein.

Verfügung über das Vermögen. Ausnahmen.

Der Erblasser kann in der Regel nur über sein Vermögen letztwillig verfügen (§ 1753 Abs. 1). Diese Regel unterliegt Ausnahmen, welche an anderen Stellen des Entwurfes (vergl. insbesondere §§ 1287, 1347, 1351, 1396, 1431, 1510, 1517, 1636, 1640, 1647, 1652, 1660, 1693, 1695, 1718, 1738, 1745) bestimmt sind, indem vorgeschrieben ist, es könne durch letztwillige Verfügung eine näher bezeichnete Anordnung getroffen werden. Verfügungen dieses Inhaltes werden durch die §§ 1753, 1754 mit umfaßt. Auf solche Verfügungen finden auch die Vorschriften über letztwillige Verfügungen Anwendung, soweit sie sich nicht auf Vermögen beziehen, insbesondere die über Errichtung und Aufhebung. In der Begriffsbestimmung sind jedoch diese Verfügungen nicht besonders erwähnt, weil der Schwerpunkt des Institutes der letztwilligen Verfügung in der Verfügung über das Vermögen liegt und bei der Uebergehung dieses Schwerpunktes die Vorschrift nichts oder zu viel besagen würde.

Ebensowenig erscheint es zulässig, auf diejenigen einseitigen Verfügungen, welche nicht das Vermögen zum Gegenstande haben, die Vorschriften für entsprechend anwendbar zu erklären, welche in Ansehung der das Vermögen betreffenden Verfügungen gelten. Damit würde nicht allein gegen die in der Wissenschaft geläufige Begriffsbestimmung der letztwilligen Verfügung[1]) verstoßen, sondern es würde auch erforderlich, die nicht das Vermögen betreffenden einseitigen Verfügungen aufzuzählen. Eine solche Aufzählung ist in Ansehung der Vollständigkeit schwer zu übersehen. Dazu kommt, daß es im einzelnen Falle sehr zweifelhaft sein kann, ob und inwieweit eine Verfügung über das Vermögen vorliegt.

Die Einschränkung „soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt" bezieht sich nicht auf die bezeichneten familienrechtlichen Anordnungen; bei diesen ist

---

[1]) Vergl. Windscheid § 538; Unger § 8, u. A.

vielmehr umgekehrt die Voraussetzung „soweit das Gesetz eine solche Vorschrift gestattet".

Aufhebung der letztwilligen Verfügung.

Der zweite Absatz des § 1753 ergänzt die Begriffsbestimmung der letztwilligen Verfügung durch Beifügung eines karakteristischen Merkmales, nämlich, daß die Verfügung zu jeder Zeit aufgehoben werden kann. Der Ausdruck „aufheben" ist gewählt, weil das Testament nicht ausschließlich durch einen Widerruf aufgehoben werden kann (vergl. §§ 1933 ff.). Der Widerruf ist gleichfalls eine letztwillige Verfügung, obschon dies nicht besonders zum Ausdrucke gebracht ist. Demgemäß finden auf den Widerruf die Vorschriften über letztwillige Verfügungen Anwendung, soweit nicht in den §§ 1933 ff. etwas Besonderes bestimmt ist.

Vertragsmäßige Verpflichtung zur Errichtung oder Aufhebung.

Zu bestimmen, daß der Vertrag nichtig ist, durch welchen Jemand sich verpflichtet, eine letztwillige Verfügung zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben (§ 1754)[1]), kann deshalb entbehrlich erscheinen, weil bereits der § 796 bestimmt, daß die Befugniß, über ein Recht zu verfügen, nicht durch Rechtsgeschäft mit Wirkung gegen Dritte ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Allein die Vorschrift bringt zugleich zum Ausdrucke, daß im Falle der Zuwiderhandlung auch eine obligatorische Ersatzpflicht nicht eintritt. Das Wort „nichtig" läßt erkennen, daß das Rechtsgeschäft von Anfang an völlig wirkungslos ist (vergl. §§ 108, 112). Mit Rücksicht auf die §§ 342, 343 ist nur von einem Vertrage zu reden. Die Ausnahmen, welche sich in Ansehung der Erbeinsetzungs- und Vermächtnißverträge ergeben, bedürfen an dieser Stelle einer Erwähnung nicht; sie ergeben sich aus den diese Verträge betreffenden Vorschriften (vergl. insbesondere §§ 1956, 1962).

Derogatorische Klausel.

In Ansehung der sog. derogatorischen Klausel[2]), d. h. einer Selbstbeschränkung des Verfügenden hinsichtlich der Form der letztwilligen Verfügung, insbesondere der Form einer die frühere Verfügung aufhebenden letztwilligen Verfügung, ist eine Vorschrift nicht erforderlich. Es ist selbstverständlich, daß der Erblasser sich dadurch nicht wirksam binden kann, daß er einseitig eine besondere Form sich vorschreibt, selbst soweit eine Abweichung von der gesetzlichen Form an sich zulässig ist. Hat der Erblasser der Bestimmung, bei Errichtung einer anderweiten letztwilligen Verfügung einer näher bezeichneten Form sich bedienen zu wollen, nicht entsprochen, so ist es eine Frage der Willensauslegung, ob die später errichtete Verfügung nicht endgültig getroffen werden oder jene frühere Bestimmung und die früher errichtete Verfügung überhaupt aufgehoben werden sollte.

Daß ein Erblasser, auch wenn er seine letztwillige Verfügung für unwiderruflich erklärt hat, an einer weiteren letztwilligen Verfügung nicht gehindert ist, kann nach dem § 1753 Abs. 2 und dem § 1754 nicht zweifelhaft sein.

---

[1]) Vergl. Windscheid § 564 Anm. 45; Stobbe § 302 Anm. 19 ff.; preuß. A. L. R. I, 12 § 564; sächs. G. B. §§ 2210, 2212, 2263; Mommsen § 163.

[2]) Vergl. Stobbe § 302 Anm. 18; österr. G. B. § 716, Unger § 24; Roth § 300 Anm. 64 ff., § 337 Anm. 37, 38, 69; hess. Entw. Art. 180.

§ 1755.

II. Inhalt. A. Gegenstand. 1. Bestimmung des Erben.

Die Vorschrift, daß der Erblasser durch letztwillige Verfügung den Erben bestimmen kann (Abs. 1), kann wegen des § 1751 Abs. 1 überflüssig erscheinen. Die Aufnahme ist aber zweckmäßig, weil in den §§ 1755—1757 hervorgehoben wird, was der Erblasser durch letztwillige Verfügung bestimmen kann (vergl. §§ 1889, 2152, 2153).

Ausschließung einer bestimmten Person.

Nicht in gleicher Weise selbstverständlich ist, daß der Erblasser durch letztwillige Verfügung eine bestimmte Person von der Erbfolge ausschließen kann, ohne einen Erben einzusetzen (Abs. 2). Die Vorschrift erhält ihre Schranke durch den § 1749 Abs. 2, aus welchem in Verbindung mit dem § 1974 erhellt, daß der Fiskus als Erbe nicht ausgeschlossen werden kann. Sie rechtfertigt sich dadurch, daß es an genügenden Gründen fehlt, dem Erblasser nur die Erbeinsetzung zu gestatten und die Wirksamkeit einer negativen Anordnung des Erblassers von geringerer Tragweite, durch welche lediglich das gesetzliche Erbrecht einer bestimmten Person ausgeschlossen wird, nicht anzuerkennen. Die Anerkennung dieser Befugniß des Erblassers ist im Gesetze zum Ausdrucke zu bringen, da darin eine positive Ausdehnung der Privatautonomie enthalten ist. Die Vorschrift findet auch Anwendung auf den Ausschluß Pflichttheilsberechtigter von der Erbfolge (vergl. § 1976).

§ 1756.

2. Vermächtniß.

Der Entwurf giebt eine Art Begriffsbestimmung des Vermächtnisses als eines Gegenstandes der letztwilligen Verfügung (Abs. 1). Im Anschlusse an die Theorie des gemeinen Rechtes und an das franz. Recht[1]), entgegen der Mehrzahl der neueren Gesetzgebungen[2]), begnügt sich der Entwurf mit einer negativen Fixirung. Jede positive Begriffsbestimmung ist bedenklich. Es läßt sich kaum eine Fassung finden, welche alle Arten der Vermächtnisse, insbesondere die mittelbaren Zuwendungen und das Liberationslegat einbezieht. Da von dem Entwurfe (§§ 1804 ff.) dem Universalfideikommisse der rechtliche Karakter einer Nacherbschaft beigelegt ist, die Anordnung eines solchen Fideikommisses mithin unter die Erbeinsetzung fällt, so erscheint die Begriffsbestimmung „kann auch in anderer Art als im Wege der Erbeinsetzung eine Zuwendung .... erfolgen" zutreffend und ausreichend. Die Abgrenzung gegenüber der Auflage (modus) ist als eine genügende angesehen, da die Auflage dem Dritten, wenn sie auch zu dessen Gunsten gereicht, nicht einen selbständigen Anspruch auf das Zugewendete gewährt (vergl. hierzu § 1757). Dagegen liegt im Begriffe der Zuwendung, daß derjenige, welchem etwas zugewendet wird, einen selbständigen Anspruch auf das Zugewendete erhält. Das condicionis implendae causa zu Leistende (l. 96 § 4 D. de leg. I)[3]) fällt nicht unter den Begriff des Ver-

---

[1]) Windscheid §§ 533, 623; Roth § 317; code civil Art. 1010.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 5, 6, 256; sächs. G. B. § 2004, Mommsen § 6; hess. Entw. Art. 43, u. A.

[3]) Vergl. sächs. G. B. § 2592; Unger § 81 Anm. 6; Dernburg, preuß. Priv. R. § 132 Anm. 10; Mommsen, Mot. S. 463; Windscheid § 581 Anm. 7, § 677.

mächtnisses, denn die andere Person hat keinen Anspruch auf das zu Leistende; in Ansehung dieser anderen Person liegt keine Zuwendung vor.

Ueber den Begriff des Vermächtnisses ganz zu schweigen, kann nicht für rathsam erachtet werden.

Person des Beschwerten.

Daß hervorgehoben wird, wer von dem Erblasser mit einem Vermächtnisse beschwert werden kann, nämlich sowohl ein Erbe als ein Vermächtnißnehmer (Abs. 2), rechtfertigt sich dadurch, daß die späteren Vorschriften des Entwurfes eine solche Vorschrift voraussetzen. In Frage steht der Satz der Doktrin, daß derjenige onerirt werden kann, welcher honorirt ist. Diesen Satz (vergl. l. 1 § 6 D. de leg. III)[1]) näher zu spezialisiren, ist nicht erforderlich. Denn es handelt sich immer um einen Erben oder einen Vermächtnißnehmer, welchem unmittelbar oder auf einem Umwege etwas zugewendet wird.

§ 1757.

3. Auflage.

Aus den gleichen Gründen wie im § 1756 wird hier bestimmt, daß mit einer Auflage ein Erbe sowie ein Vermächtnißnehmer beschwert werden kann. Zugleich wird eine Begriffsbestimmung für die Auflage gegeben[2]). Auch diese ist mehr negativen Inhaltes; sie beschränkt sich darauf, hervorzuheben, daß die Verpflichtung zu einer Leistung ohne Zuwendung an einen Anderen eine Auflage sei.

Vermächtniß als Auflage.

Da der Entwurf, wie in der Vorbemerkung zum vierten Titel dieses Abschnittes dargelegt ist, dem Vermächtnisse nur obligatorische Wirkungen beilegt, so könnte auch das Vermächtniß unter den allgemeinen Begriff der Auflage gestellt werden. Es erscheint aber erforderlich, die anderen Auflagen, welche keine Vermächtnisse sind, ebenfalls besonders zu bezeichnen, weil in Ansehung derselben einige besondere Vorschriften, vergl. §§ 1886—1888, zu geben sind.

Unterschied vom Vermächtnisse.

Der Entwurf verwendet dafür das Wort „Auflage" ohne weiteren Beisatz und macht dies durch die Begriffsbestimmung erkennbar. Den Unterschied zwischen einem Vermächtnisse und der Auflage des Entwurfes genauer darzulegen, kann nicht Aufgabe des Gesetzes sein. Die Vorschrift wird keinen Zweifel lassen, daß der Entwurf das Wesen des Unterschiedes darin findet, daß durch das Vermächtniß ein das Vermögen des Bedachten vermehrendes Forderungsrecht erzeugt wird und daß der Erblasser die Vermächtnißanordnung nur getroffen hat, um demjenigen, zu dessen Vortheil die Anordnung gereicht, eine Zuwendung zu machen. Die Auflage dagegen in dem von dem Entwurfe ihr beigelegten Sinne hat nur eine Verpflichtung des Beschwerten zu einer Leistung zur Folge; dem dadurch Begünstigten wird ein Gläubigerrecht nicht

---

[1]) Windscheid §§ 556, 626; sächs. G. B. § 2388; Mommsen § 339; vergl. die dem Entwurfe entsprechende Vorschrift des preuß. A. L. R. I, 12 § 61.

[2]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Windscheid §§ 556, 633 Anm. 8, § 636 Anm. 2, 3, 5, § 678 Nr. 2, 3; Brinz § 376; preuß. A. L. R. I, 12 § 61, 508—515, Dernburg §§ 162, 163, Eccius § 250 S. 427, 428; österr. G. B. §§ 708 ff., Unger §§ 18, 58; sächs. G. B. §§ 2151—2154, 2440; Mommsen § 120—124, 389; hess. Entw. Art. 59, 68, 69.

gewährt. Die rechtliche Erzwingbarkeit der aus der Auflage sich ergebenden Verpflichtung des Beschwerten ist nicht ausgeschlossen; sie wird im § 1888 geregelt.

Eine Begriffsbestimmung wird hier gegeben, während schon im § 448 von der Schenkung unter einer Auflage die Rede ist und dort der Begriff als bekannt vorausgesetzt ist. Die große Bedeutung, welche eine letztwillig angeordnete Auflage hat, läßt es gerathen erscheinen, hier nicht in gleicher Weise den Begriff als bekannt anzusehen und wenigstens einen der Hauptunterschiede vom Vermächtnisse zum Ausdrucke zu bringen. Die Frage, ob nicht auszusprechen sei, daß die Erfüllung der Auflage, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt, nicht eine Bedingung sei[1]), ist zu verneinen. Denn selbstverständlich kann die Auflage schon deshalb keine Bedingung sein, weil sie, wie der § 1887 Abs. 1 erkennen läßt, eine selbständige Bedeutung und nicht, wie die Bedingung, den Karakter einer Nebenbestimmung hat (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 248 ff.).

§ 1758.

B. Person des Bedachten. Nasciturus.

Nach dem § 3 beginnt die Rechtsfähigkeit des Menschen erst mit dessen Geburt; der Satz „nasciturus pro jam nato habetur, quotiens des commodi ipsius partus quaeritur" hat im Allgemeinen Theile Aufnahme nicht gefunden, vielmehr wird prinzipiell der nasciturus als nicht existent behandelt (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 29, 30). Der Natur der Dinge entspricht es, den nasciturus in Ansehung der Fähigkeit, letztwillig bedacht zu werden, der bereits existirenden physischen Person gleichzustellen. Dies rechtfertigt die Aufnahme der Vorschrift, daß eine zur Zeit des Erbfalles bereits empfangene Person als Erbe oder Nacherbe eingesetzt sowie mit einem Vermächtnisse bedacht werden kann, Abs. 1[2]).

Empfängnißzeit.

Wann im einzelnen Falle eine nach dem Tode des Erblassers geborene Person als zur Zeit seines Todes empfangen zu gelten hat, läßt sich nicht durch eine besondere Vorschrift feststellen. Im Allgemeinen wird die im § 1467 geregelte Empfängnißzeit den Weg zeigen; das Gleiche läßt sich hinsichtlich der unehelichen Kinder von der Vorschrift des § 1572 erwarten. Aber es genügt nicht, daß die Empfängnißzeit überhaupt zutrifft, sondern es muß auch die Möglichkeit hinzutreten, daß die Erzeugung wirklich vor dem in die Empfängnißzeit fallenden Zeitpunkte des Todes des Erblassers stattgefunden hat. Der Beweis des Gegentheiles kann nicht abgeschnitten werden. Fraglich erscheint, ob die engen Schranken, welche dem Gegenbeweise in Ansehung der Ehelichkeit (und auch der unehelichen Vaterschaft) gezogen sind, hier durchgängig Platz greifen dürfen, wennschon der Erblasser, welcher ein eheliches oder uneheliches Kind, das noch nicht existirt, letztwillig bedenkt, in der Regel ein solches Kind meinen wird, welches nach dem Gesetze als ein eheliches oder uneheliches zu gelten hat. Jedenfalls können

[1]) Vergl. bayr. L. R. III, 3 § 11 Nr. 3; Gruchot, Erbrecht II S. 145, u. A.

[2]) Vergl. Windscheid § 535 Anm. 5; preuß. A. L. R. I, 12 § 36 mit I, 1 § 12; code civil Art. 725 906; sächs. G. B. § 2008; Mommsen § 8, u. s. w.

die Fälle zu verschiedenartig liegen, um die Aufstellung einer gesetzlichen Regel oder auch nur einer Vermuthung zu rechtfertigen.

Zur Zeit des Erbfalles noch nicht Empfangener.

Der Entwurf läßt aber auch eine zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht empfangene Person innerhalb der Schranken der §§ 1808 Abs. 2, 1812, 1813, 1868, 1869 sowohl zum Nacherben einsetzen als mit Vermächtnissen bedenken, stellt jedoch in Ansehung einer etwa bestimmten Erbeinsetzung einer solchen noch nicht existirenden Person die Auslegungsregel auf, daß der Erblasser eine Einsetzung als Nacherbe gewollt habe (Abs. 2). Das geltende Recht stimmt nicht durchweg mit dieser Auffassung überein[1]).

Daß eine noch nicht existente Person mit einem Vermächtnisse bedacht werden kann, ist überwiegend geltendes Recht[2]). Es fehlt an genügenden Gründen, den Erblasser in dieser Richtung zu beschränken. Die in dem § 1869 Abs. 2 enthaltene, nicht unerhebliche Einschränkung kann erst in der Begründung zu dieser Vorschrift erörtert werden.

Umdeutung der Erbeinsetzung.

In Ansehung der Erbeinsetzung kommt Folgendes in Betracht. Zwar ist es einfacher und schafft klarere Verhältnisse, wenn die Erbeinsetzung einer zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht empfangenen Person für hinfällig erachtet wird. Allein, daß die Unwirksamkeit dem anzunehmenden Willen des Erblassers entspreche, ist für die Mehrzahl der Fälle nicht als richtig anzuerkennen. In der Regel legt der Erblasser, welcher eine noch nicht vorhandene Person zum Erben einsetzt, mehr auf die Zuwendung an die Person Gewicht, als darauf, ob diese Person noch bei seinen Lebzeiten oder später geboren oder empfangen wird. Bedenklich erscheint auch die Annahme, in der Einsetzung als Erbe liege die Voraussetzung ausgedrückt, der Eingesetzte werde zur Zeit des Todes des Erblassers vorhanden sein, weil er sonst nicht, wie beabsichtigt, der unmittelbare Rechtsnachfolger des Erblassers sein könne. Denn diese Annahme beruht auf der Voraussetzung, daß dem Erblasser eine Rechtskenntniß beiwohne, wie sie sich im Leben nur sehr selten finden wird. Noch weniger kann aus gleichem Grunde der Ausführung Gewicht beigelegt werden, der Erblasser gebe damit, daß er die noch nicht einmal empfangene Person als Erben einsetze, obschon ihm doch die Anordnung einer Nacherbschaft freistand, zu erkennen, der Eingesetzte müsse zur Zeit des Todes vorhanden sein, wenn er die Zuwendung erhalten solle. Von Belang könnte hingegen der Einwand erscheinen, es sei nicht rathsam, das wegen der Festlegung des Vermögens auf vielleicht lange Zeit mißliche Institut der Nacherbschaft zu begünstigen. Der Einwand kann aber nicht für durchgreifend erachtet werden gegenüber dem im § 1778 ausgesprochenen Hauptgrundsatze des Erbrechtes, die Anordnungen eines Erblassers thunlichst so auszulegen, daß sie Erfolg haben. Die Umdeutung in eine die Einsetzung als Nacherbe bezielende Anordnung ist nur eine geringe; sie ist mindestens in allen den Fällen voll berechtigt, in

[1]) Vergl. Windscheid § 535 Anm. 5; sächs. G. B. § 2008; code civil Art. 906; Mommsen § 8; hess. Entw. Art. 4—6. Wegen des preuß. A. L. R. vergl. Dernburg § 100 Anm. 7 ff., Eccius § 251 S. 434 ff.; die Praxis hat jedoch häufiger die Ansicht vertreten, welche im Entwurfe Ausdruck gefunden hat, vergl. bei Eccius a. a. O.

[2]) Windscheid § 625 Anm. 2, 3; sächs. G. B. § 2396; österr. G. B. § 647, u. A.

welchen erhellt, daß der Erblasser sich bewußt gewesen sein mußte, der Eingesetzte werde zu der betreffenden Zeit noch nicht empfangen sein. Durch Aufstellung einer Auslegungsregel, daß dies gewollt sei, wird das Gesetz zumeist dem Willen des Erblassers gerecht und der Eingesetzte erhält, was er erhalten sollte. Die Aufstellung der Auslegungsregel führt zu dem Ergebnisse, daß für die Minderzahl der Fälle, in welchen die Annahme nicht zutreffen sollte, der Gegenbeweis offen bleibt. Der Uebelstand, welcher in dem Institute der Nacherbschaft gefunden werden möchte, wird zudem durch die beschränkenden Vorschriften der §§ 1812, 1813 wesentlich gemindert.

Einsetzung als Ersatzerbe.

Die Einsetzung einer solchen Person als Ersatzerben zuzulassen, ist nicht erforderlich. In manchen Fällen kann dies unbillig erscheinen und die Zulassung von dem Standpunkte der Fürsorge zu Gunsten einer zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht empfangenen Person als angemessen bezeichnet werden. Als solche Fälle treten insbesondere folgende hervor:

I. Der Erblasser hat mit einer Erbeinsetzung die Nacherbeinsetzung einer Person, deren Geburt erst in Aussicht genommen ist, verbunden. In diesem Falle treten nach dem Entwurfe dann, wenn der eingesetzte Erbe wegfällt, die gesetzlichen Erben als Vorerben ein, § 1808. Diese haben im Falle der Geburt des als Nacherbe Anzusehenden die Erbschaft dem Nacherben herauszugeben. Dies gilt selbst dann, wenn der als Nacherbe Anzusehende zu der Zeit, zu welcher es sich entscheidet, daß der eingesetzte Erbe nicht Erbe wird (z. B. weil er ausschlägt), bereits empfangen ist. Allein eine abweichende Regelung wäre nur möglich mit Hülfe der Fiktion, daß die bezeichnete Person schon zur Zeit des Erbfalles empfangen oder geboren gewesen sei. Dies wäre künstlich und würde mit dem überall geltenden Rechte im Widerspruche stehen. Das Interesse des als Nacherbe Eingesetzten ist zudem kein erhebliches, da es sich nur darum handeln könnte, den gesetzlichen Erben die Früchte der Zwischenzeit zu entziehen. Ueberdies erscheint es fraglich, ob, wenn der bezeichnete Fall einmal vorkommen sollte, das Ergebniß jener Regelung dem Willen des Erblassers entsprechen würde.

II. Eine Person, deren Empfängniß erst nach des Erblassers Tode erfolgt ist, ist ausdrücklich als Ersatzerbe eingesetzt; diese Person ist zwar noch nicht zur Zeit des Erbfalles, jedoch zur Zeit der Ausschlagung seitens des zunächst eingesetzten Erben empfangen. In diesem Falle kommen freilich nicht ausschließlich die Früchte der Erbschaft in Betracht, sondern es handelt sich zugleich auch darum, ob nicht die Einsetzung als Ersatzerbe nichtig ist, weil sie unmittelbar gegen den Grundsatz des § 1758 verstößt. Indessen werden solche Fälle überaus selten vorkommen. Ferner ist nicht ausgeschlossen, eine solche letztwillige Verfügung dahin auszulegen, daß der als Ersatzerbe des Ersteingesetzten Berufene in der That und nach dem Willen des Erblassers als Nacherbe der gesetzlichen Erben des Erblassers eingesetzt ist (vergl. § 1758 Abs. 2). Deshalb verdient es den Vorzug, es bei dem wichtigen Grundsatze zu belassen und das Verständniß nicht durch Ausnahmevorschriften zu erschweren. Sollte für so seltene Fälle Vorsorge getroffen werden, so wäre es zudem zweckmäßiger, eine darauf gerichtete Vorschrift unter die Vorschriften über die Ausschlagung der Erbschaft aufzunehmen.

Durch ein späteres Ereigniß sich bestimmende Person.

Die Frage, ob nicht die Vorschriften des zweiten Absatzes auf den Fall für entsprechend anwendbar zu erklären seien, daß Jemand als Erbe eingesetzt ist, dessen Persönlichkeit (Individualität) durch ein erst nach dem Erbfalle eintretendes Ereigniß bestimmt werden soll, mag es sich um eine zur Zeit des Erbfalles schon vorhandene oder noch nicht einmal empfangene Person handeln, ist zu verneinen, obschon der Entwurf (vergl. zum § 1768) nichts darüber bestimmt, ob eine persona incerta bedacht werden kann. Im § 1758 Abs. 2 ist eine beschränkte passive Testamentsfähigkeit der zur Zeit des Erbfalles noch nicht empfangenen Person mit Durchbrechung der Rechtsregel des § 3 über den Beginn der Rechtsfähigkeit bestimmt. Von einer solchen ausnahmsweisen Verleihung beschränkter passiver Testamentsfähigkeit kann, wenn es sich um eine persona incerta handelt, auch dann, wenn deren Individualität erst nach dem Tode des Erblassers festzustellen ist, nicht die Rede sein, denn die volle passive Testamentsfähigkeit einer solchen ist zweifellos. Von selbst versteht sich jedoch, daß der § 1758 Abs. 2 unmittelbare Anwendung findet, wenn es sich um eine zur Zeit des Erbfalles noch nicht empfangene persona incerta handelt. Würde der § 1758 Abs. 2 für entsprechend anwendbar erklärt, so würde nicht eine mangelnde Testamentsfähigkeit verliehen, vielmehr die vorhandene passive Testamentsfähigkeit beschränkt. Für eine solche Beschränkung fehlt es an einem zureichenden Grunde.

Daß die Anordnung des Erblassers, welche eine erst nachträglich zu ermittelnde Person zum Erben einsetzt, sofern es sich nicht um eine bestimmte, aber nach angegebenen Merkmalen zu ermittelnde Person handelt, als eine aufschiebend bedingte Erbeinsetzung zu beurtheilen sei, ist im § 1808 Abs. 2 bestimmt.

Erbunfähigkeitsgründe.

Im geltenden Rechte finden sich noch Erbunfähigkeitsgründe[1]), theils solche absoluter Natur (zur Strafe für bürgerlich todt Erklärte, code civil Art. 902 mit Art. 25; Söhne und Töchter von Hochverräthern, Ketzer und Apostaten, Fremde, preuß. A. L. R. I, 12 § 40 mit Einl. § 43, code civil Art. 912), theils solche in Beziehung auf einen bestimmten Nachlaß (Personen, die in blutschänderischer Ehe leben bezw. deren Abkömmlinge, code civil Art. 762, 907; Wittwen, welche das Trauerjahr verletzt haben, Personen, welche die ihnen obliegenden Pflichten als Vormünder verletzen, zum Theil sogar Vormünder überhaupt, code civil Art. 907, preuß. A. L. R. II, 1 §§ 982, 985 [994, 997], 999, 1011). Der Entwurf hat Vorschriften dieser Art nicht aufgenommen. Das Verhältniß der Fremden gehört dem internationalen Privatrechte an. Im Uebrigen sind die bezeichneten Erbunfähigkeitsgründe dem heutigen Rechtsbewußtsein fremd, nicht selten von bestrittener Geltung und, soweit sie auf dem Gesichtspunkte der Strafe beruhen, der Natur des bürgerlichen Rechtes widerstrebend. In Ansehung derjenigen, welche mit dem Erblasser Ehebruch oder Blutschande getrieben haben, läßt sich zwar für die Unfähigkeit geltend machen (vergl. Mommsen's Mot. S. 182) die Rücksicht auf die öffentliche Moral, auf das sittliche Gefühl des besseren Theiles der Bevölkerung, welches durch die Aufrechterhaltung solcher Zuwendungen verletzt

[1]) Windscheid § 535 Anm. 8, 9.

werden würde. Dieser Grund würde aber viel weiter führen. Ueberdies erscheint der Grund in vielen Fällen nicht zutreffend, da der andere Theil nicht selten gesetzlicher Erbe sein wird, auch vielleicht die letztwillige Verfügung schon lange vor Begehung der unerlaubten Handlung oder des Verbrechens errichtet ist. Die Aufnahme einer solchen Vorschrift würde nöthigen, zu entscheiden, ob der Unfähigkeitsgrund kraft des Gesetzes oder auf Antrag und auf wessen Antrag zur Geltung zu bringen ist. Endlich würde die Vorschrift vor Umgehungen nicht wohl gesichert werden können. Andere der bezeichneten Unfähigkeitsgründe sind durch die derzeitigen Einrichtungen über die Führung der Vormundschaft, über die Eheschließung u. s. w. völlig entbehrlich geworden.

Relative Unfähigkeit, bedacht zu werden.

Weiter finden sich im geltenden Rechte Vorschriften, welche bestimmen, daß der Erblasser gewisse Personen zum Besten gewisser anderer Personen nur beschränkt bedenken darf. Hierher gehören die Vorschriften, nach welchen ein zweiter Ehegatte oder uneheliche Kinder und deren Mutter nur beschränkt bedacht werden dürfen, wenn Kinder früherer Ehe oder eheliche Kinder vorhanden sind (gemeines Recht[1]), code civil Art. 1098 ff., 908). Diese Beschränkungen sind von den neueren Gesetzgebungen zumeist aufgegeben; sie sind theils als Strafen zweiter Ehe, welche der Entwurf nicht kennt, theils weil innerlich nicht zu rechtfertigen und leicht zu umgehen, nicht aufgenommen.

Nach einigen Rechten können ferner von dem Gesichtspunkte des Schutzes der freien Willensbestimmung des Erblassers oder der Sicherung des wirklichen letzten Willens aus gewisse Personen nicht oder nur beschränkt bedacht werden (sächs. G. B. §§ 2076, 2077; hess. Entw. Art. 78; Mommsen § 57, u. A.). Vorschriften dieses Inhaltes gehören nicht hierher. Denn es liegt nicht eine besondere Unfähigkeit vor, bedacht zu werden, sondern es handelt sich um Formvorschriften (vergl. § 1916 Abs. 2).

Religiose.

Darüber, ob und inwieweit Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen (Religiose) bedacht werden können, wird im Einführungsgesetze befunden werden. Die Frage nach der Fähigkeit solcher Personen, bedacht zu werden, muß gleichzeitig mit der Frage, ob und inwieweit sie erwerben können, geprüft und entschieden werden.

§ 1759.

Juristische Person.

Nach der herrschenden Ansicht im gemeinen Rechte können, abweichend von dem Entwurfe[2]), nur der Fiskus, Gemeinden und kirchliche Institute sowohl zum Erben eingesetzt als mit Vermächtnissen bedacht werden; alle übrigen juristischen Personen können nur mit Vermächtnissen bedacht werden. Zu einer solchen Beschränkung fehlt es an genügenden Gründen. Soweit den in den Reichsspezialgesetzen und den in den Landesgesetzen geordneten Assoziationen, Kassen u. s. w. eine den §§ 41, 42 entsprechende selbständige vermögens-

---

[1]) Windscheid § 511 Nr. 3, § 550 Anm. 8, 9; Roth § 300, IV.

[2]) Windscheid §§ 535, 549, 625. Vergl. hingegen preuß. A. L. R. I, 12 §§ 37 bis 39, 423, 429; code civil Art. 910 (937); sächs. G. B. § 2074; Roth §§ 296, 300; Mommsen § 55; hess. Entw. Art. 79.

rechtliche Stellung nach diesen Gesetzen nicht zukommt, sind sie ebensowenig fähig, bedacht zu werden, als die Gesellschaften der im § 659 bezeichneten Art, sowie die Handels- und Aktiengesellschaften. Die Frage hat ein praktisches Interesse nur für die Vereine mit idealen Tendenzen. Diesen eröffnen die §§ 41 ff. die Möglichkeit, die Eigenschaft einer juristischen Person zu erlangen. Darüber hinaus kann ein Bedürfniß nicht anerkannt werden. Ob Handelsgesellschaften und Aktiengesellschaften die Eigenschaft einer wirklichen juristischen Person beizulegen sei, ist von den Reichsspezialgesetzen, nicht vom bürgerlichen Rechte zu entscheiden.

In Uebereinstimmung mit den §§ 166, 1014 ist der Ausdruck „juristische Person" auch hier festgehalten worden, um nicht zu Mißdeutungen jener Vorschriften Anlaß zu geben. Vermögensmassen, welche in gewisser Hinsicht selbständig gestellt sind, können wegen dieser Stellung nicht einbezogen werden, sofern ihnen nicht nach den §§ 41 ff. die Eigenschaft einer juristischen Person beiwohnt.

Errichtung einer Stiftung.

Die Errichtung einer mit juristischer Persönlichkeit versehenen Stiftung durch letztwillige Verfügung ist in den §§ 59, 62 Abs. 2 geregelt. Es bedarf daher nicht der Begründung, weshalb der Entwurf im Anschlusse an die Mehrzahl der geltenden Rechte[1]) diese Errichtung durch letztwillige Verfügung zugelassen hat (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 120, 121).

Wegen Aussetzung der Auseinandersetzung, falls eine zu errichtende juristische Person als Erbe auf einen Bruchtheil eingesetzt ist, bestimmt der § 2154 Abs. 2.

§ 1760.

C. Bedingung und Zeitbestimmung. Zulässigkeit.

Daß einer letztwilligen Verfügung eine Bedingung oder eine Zeitbestimmung beigefügt werden kann (vergl. wegen der Fassung die §§ 1137, 1248 Abs. 2), stimmt im Wesentlichen überein mit den neueren Rechten[2]). Das gemeine Recht erklärt aufschiebende Zeitbestimmungen, auflösende Bedingungen und Befristungen, abgesehen vom Soldatentestamente, im Zusammenhange mit seiner Regel „semel heres, semper heres" (vergl. zum § 1805), bei der Erbeinsetzung für unzulässig[3]). Deshalb und um klarzustellen, daß letztwillige Anordnungen jeder Art und alle daraus sich ergebenden Rechtsinstitute der Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung zugänglich sind, ist die Aufnahme der Vorschrift räthlich, ohne daß darum nöthig wäre, hervorzuheben, daß sowohl die aufschiebenden als die auf-

---

[1]) Vergl. Windscheid § 549 Anm. 3; Roth § 309 Anm. 31—35; Dernburg § 100; Eccius § 251 S. 438, 439; Unger § 14 Anm. 8; sächs. G. B. § 2074; Mommsen § 55; hess. Entw. Art. 79; andererseits Zachariae § 649 Anm. 11a; bad. Ann. Bd. 27 S. 177.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 61, 259; sächs. G. B. §§ 2122, 2123, 2149; österr. G. B. §§ 695 ff., 704 ff.; Mommsen §§ 97, 98, 117, 445 ff.; hess. Entw. Art. 59.

[3]) Wenn nicht zugleich derjenige bezeichnet ist, zu dessen Vortheil die Bedingung oder Befristung gereichen soll, Windscheid S. 554 Nr. 4.

lösenden Begingungen und Befristungen zulässig sind. In Ansehung der ersten vier Bücher ist von der Auffassung ausgegangen worden, es könne jedem Rechtsgeschäfte eine Bedingung oder Zeitbestimmung beigefügt werden, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt oder die Natur des Rechtsgeschäftes entgegensteht. Deshalb ist die Ansicht nicht unvertreten geblieben, es sei angemessener, auch im fünften Buche die Vorschrift zu unterdrücken. Indessen verdient es den Vorzug, die nicht unwichtige Neuerung hervorzuheben; auch wird dadurch der sonst durchweg festgehaltene Grundsatz nicht verdunkelt werden.

Ablehnung von Vorschriften über:

Der Entwurf hat eine Reihe von Vorschriften, welche die Bedingungen betreffen und überwiegend geltendes Recht sind, nicht aufgenommen. Dahin gehören insbesondere:

1. condicio si volet für den Bedachten.

1. Eine Vorschrift für den Fall, daß die Zuwendung von der Bedingung abhängig gemacht ist, wenn der Bedachte das ihm Zugedachte haben will (si volet)[1]). Eine Vorschrift für diesen Fall ist entbehrlich. Zwar kann nicht anerkannt werden (Mommsen's Mot. S. 206, 207), daß eine solche Bedingung niemals eine andere Bedeutung habe als die der conditio juris (wenn der Bedachte nicht ausschlägt), sodaß also der Erblasser etwas Selbstverständliches habe sagen wollen. Eine solche Auslegung wird gewiß häufig berechtigt sein, aber für alle Fälle trifft sie nicht zu. Der Erblasser kann sehr wohl auch eine wirkliche Bedingung beabsichtigt haben und kann gute Gründe haben, eine solche zu setzen. Eine Auslegungsregel für den bezeichneten Fall aufzustellen, erscheint nicht rathsam. Alsdann würde die Gefahr zu nahe liegen, daß die Regel zur Anwendung gebracht wird, auch wenn der Wille des Erblassers ein abweichender war. Fraglich kann erscheinen, ob die Bedingung bei der Erbeinsetzung für nicht geschrieben zu erklären sein möchte, weil der Erblasser nicht die Macht habe, den zwingenden Grundsatz des Erbschaftserwerbes kraft des Gesetzes (§ 2025) zu brechen. Es ist jedoch nicht zuzugeben, daß jenem Grundsatze in dieser Richtung ein zwingender Karakter beiwohne. Wäre es der Fall, so müßte jede Bedingung unstatthaft sein, welche auf eine von dem Willen des Eingesetzten abhängige Thatsache gestellt ist. Der Grundsatz ist vielmehr, wie jede andere Norm des zwingenden Rechtes, nur in dem Sinne zwingend, daß seine Anwendung durch Privatautonomie nicht ausgeschlossen werden kann. Der Erblasser schließt aber nicht jenen Grundsatz aus, wenn er die Bedingung „si volet" setzt. Dies erkennt schon das röm. Recht an, welches bei der Einsetzung eines suus heres, der ebenfalls die Erbschaft kraft des Gesetzes erwirbt, die Bedingung gestattet[2]). Vielmehr tritt auch in einem solchen Falle der Erbschaftserwerb kraft des Gesetzes ein, nur nicht in Ansehung des in solcher Weise Eingesetzten, welcher noch nicht Erbe ist, sondern in Ansehung des ohne Theilbestimmung eingesetzten Miterben oder in Ermangelung eines solchen, in Ansehung der gesetzlichen Erben (vergl.

---

[1]) Vergl. Windscheid § 595 Anm. 3; sächs. G. B. § 2118; Mommsen § 95 Abs. 2; u. A.

[2]) Vergl. Windscheid § 595 Anm. 3.

§ 1808). Daß das Letztere nicht geschehen solle, kann der Erblasser nicht wirksam anordnen, aber auch nicht wegen des mehrgedachten Grundsatzes, sondern weil er nach dem § 1749 Abs. 2 den Eintritt der Erbfolge nicht ausschließen kann. Der unter der Bedingung „si volet“ Eingesetzte wird nach dem § 1808 Nacherbe wie jeder aufschiebend bedingt ernannte Erbe. Erklärt der so berufene Nacherbe, daß er wolle, so wird er nach dem § 1804 ebenfalls kraft des Gesetzes Erbe. Der Umstand, daß die Erfüllung der Bedingung in der Erklärung, Erbe sein zu wollen, besteht, berührt den Vorgang des Erbschaftserwerbes nicht. Aus Zweckmäßigkeitsrücksichten bei einer solchen Bedingung das Verhältniß der Vor- und Nacherbschaft mit seinen Verwickelungen nicht eintreten zu lassen, vielmehr den Eingesetzten unter Nichtbeachtung der Bedingung unmittelbar zum Erben zu machen, ist, wenn einmal das Institut der Nacherbschaft zugelassen wird, nicht geboten. Vorausgesetzt ist selbstverständlich, daß eine wirkliche Bedingung von dem Erblasser beabsichtigt war.

2. condicio in praesens collata etc.;

2. Vorschriften für den Fall, daß der Eintritt oder Nichteintritt eines bereits eingetretenen Thatumstandes zur auflösenden Bedingung gemacht ist (conditio in praesens seu in praeteritum collata)[1]). In dieser Beziehung genügt der § 137 Abs. 1 (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 264).

3. condicio necessaria;

3. Vorschriften in Ansehung der Bedingung, welche nothwendig in Erfüllung gehen muß oder sich unmöglich erfüllen kann[2]). Für die Nichtaufnahme einer Vorschrift sind die Gründe maßgebend, aus welchen die Aufnahme derartiger Vorschriften in den Allgemeinen Theil abgelehnt worden ist (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 265). Diesen Erwägungen gegenüber kann auch nicht eine Vorschrift in Ansehung der physisch unmöglichen Suspensivbedingungen aufgenommen werden[3]), da es sich nicht rechtfertigen lassen würde, diese Bedingungen anders zu behandeln als die rechtlich unmöglichen.

4. widersinnige Bedingung rc.;

4. Vorschriften über widersinnige und unverständliche Bedingungen[4]). Die Vorschrift des § 139 ist ausreichend (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 267). Etwas davon Abweichendes zu bestimmen, besteht kein Bedürfniß, zumal in Ansehung der widersinnigen Bedingung auch das bestehende Recht zum größten Theile eine Besonderheit nicht aufweist. In Ansehung der unverständlichen Bedingung ist eine Vorschrift um so weniger veranlaßt, als sich aus dem Unverständlichen selten entnehmen lassen wird, daß in der That eine Bedingung gemeint ist. Soweit sich aber diese Absicht deutlich ergiebt, wird der Satz, daß Unverständliches nicht zu lesen ist, hier zu dem Ergebnisse führen müssen, daß die ganze Verfügung nicht zu lesen ist.

---

[1]) Vergl. Koch, Erbrecht § 24 Anm. 61.

[2]) Windscheid § 554 Nr. 3; Unger § 16 Anm. 7; Dernburg § 126, Eccius § 250 Anm. 47; u. A.

[3]) Mommsen § 100.

[4]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 64; Unger § 16 Anm. 13; sächs. G. B. §§ 2128, 2160; bayr. L. R. III, 2 § 8, III, 3 § 10; Roth § 310 Anm. 36; Mommsen §§ 101, 127; hess. Entw. Art. 60.

5. unerlaubte Bedingung,

5. Vorschriften über unerlaubte (unsittliche oder gesetzwidrige) Bedingungen[1]). Eine Mehrzahl der geltenden Rechte schreibt vor, daß eine aufschiebende Bedingung, welche einer letztwilligen Anordnung beigefügt ist, als nicht beigefügt zu gelten habe, wenn die Anordnung durch die Bedingung einen Inhalt erhält, welcher gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, oder wenn die Vornahme der Anordnung selbst schon zu einer gesetzlich verbotenen wird. Dennoch ist eine abweichende Regelung geboten. Dahingestellt bleiben mag, wie das röm. Recht, welchem die geltenden Rechte fast ausnahmslos (abweichend das österr. G. B. § 698 und der hess. Entw. Art. 60) gefolgt sind, zu der Sondergestaltung gekommen ist. Selbstverständlich ist, daß dem Setzen einer unerlaubten Bedingung nicht Folge gegeben werden kann, daß das Unerlaubte nicht befördert werden darf. Dieser Erfolg kann erreicht werden, indem entweder das ganze Geschäft für nichtig erklärt oder die Bedingung als nicht beigefügt angesehen, also die Verfügung als unbedingt angesehen wird. Die das letztere vorschreibende Bestimmung wird meistens damit gerechtfertigt, daß es der oberste Grundsatz des Erbrechtes sei, den Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen und daß es dem Willen des Erblassers besser entspreche, die unter einer aufschiebenden unerlaubten Bedingung errichtete Verfügung ohne die Bedingung aufrechtzuerhalten, als der ganzen Verfügung die Gültigkeit zu entziehen. Allein es läßt sich bezweifeln, daß damit der Wille des Erblassers wirklich getroffen wird. In dem bezeichneten Falle steht fest, daß der Erblasser die Zuwendung nicht unbedingt machen wollte, denn sonst hätte er die Bedingung nicht beigefügt. Sah der Erblasser die aus der Beifügung der Bedingung sich ergebende rechtliche Folge, daß seine Verfügung nunmehr nichtig sei, voraus, so wollte er eine gültige Verfügung nicht treffen. Fehlte es an dieser Voraussicht oder hielt er die Handlung nicht für unerlaubt, so läßt die Verfügung als eine unbedingte sich nur aufrechterhalten, indem davon ausgegangen wird, der Erblasser würde, wenn er die erforderliche Kenntniß gehabt hätte, die Verfügung auch ohne die Bedingung getroffen haben. Dieser Ausgangspunkt ist indessen ein völlig willkürlicher. Es liegt mindestens ebenso nahe (wenn nicht näher) anzunehmen, der Erblasser würde die Zuwendung nicht gemacht haben, wenn er gewußt hätte, daß er den Endzweck, welcher ihn bei Beifügung der Bedingung leitete, auf diesem Wege nicht erreichen könne. Der Liberalitätskarakter der letztwilligen Zuwendung bringt keineswegs mit sich, anzunehmen, der Erblasser habe das Hauptgewicht auf die Zuwendung gelegt und die Ausführung der Bedingung als etwas Nebensächliches erachtet. Wäre diese Auffassung richtig, so müßten mindestens, wie auch der code civil dies wirklich thut, alle Liberalitätsakte unter Lebenden, insbesondere Schenkungen, ebenso behandelt werden. Jene Auslegung nöthigt ferner dazu, die Zuwendung und das Setzen der Bedingung als zwei besondere Theile der Verfügung zu behandeln, von

[1]) Vergl. Windscheid § 554 Nr. 3 in Verbindung mit § 94; preuß. A. L. R. I, 12 § 63 und dazu Dernburg § 126 Anm. 6, Eccius § 250 S. 420 ff.; sächs. G. B. §§ 2129 ff.; code civil Art. 900; Unger § 16 Anm. 9; Mommsen § 102; hess. Entw. Art. 60.

welchen der eine Theil fallen kann, ohne den anderen Theil nach sich zu ziehen. Dies aber steht mit dem Wesen des bedingten Rechtsgeschäftes (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 250 ff.) im Widerspruche. Die Bedingung ist, wie dort dargelegt, ein wesentlicher und untrennbarer Bestandtheil des ganzen Rechtsgeschäftes. Dies ist für so selbstverständlich erachtet worden, daß im Allgemeinen Theile besondere Vorschriften in Ansehung der unerlaubten Bedingungen gar nicht aufgestellt, vielmehr in dieser Hinsicht die Vorschriften der §§ 105, 106 für völlig ausreichend gehalten worden sind (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 267). Wäre aber auch eine solche Trennung zulässig, so würde sich doch noch nicht ergeben, daß die Zuwendung aufrecht erhalten werden kann. Vielmehr würde sich mit Rücksicht auf den § 114 die Frage erheben, ob im Falle der Nichtigkeit des auf die Bedingung sich beziehenden Theiles der Verfügung der übrige Theil der Verfügung Bestand habe. Diese Frage könnte nur bejaht werden, wenn anzunehmen wäre, es lägen genügende Anhaltpunkte vor, aus welchen sich ergebe, daß der Erblasser die Zuwendung ohne den nichtigen Theil gewollt habe. Daß solche Anhaltpunkte nicht vorhanden sind, ist bereits dargelegt. Der Grundsatz, daß der Wille des Erblassers zur Geltung zu bringen sei, kann nur angerufen werden, wenn es darauf ankommt, dem wirklichen Willen des Erblassers gerecht zu werden, nicht aber, wenn — wie hier — erst festzustellen ist, welches der Wille des Erblassers gewesen sei. Die Rücksichtnahme auf den Bedachten kann nicht entscheiden; denn es ist nicht zu übersehen, daß diesem andere Betheiligte gegenüberstehen, welche die gleiche Rücksichtnahme auf ihr Interesse in Anspruch nehmen dürfen. Hiernach verdient es den Vorzug, die gleichen Grundsätze wie für ein Rechtsgeschäft unter Lebenden anzuwenden und die unerlaubten Bedingungen lediglich in Gemäßheit der in den §§ 105, 106 aufgestellten Vorschriften zu würdigen.

auflösende unerlaubte Bedingung;

Aber auch in Ansehung einer auflösenden Bedingung, welche einer letztwilligen Verfügung beigefügt ist, muß, wenn durch die Bedingung die Anordnung einen Inhalt erhält, welcher gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, oder wenn durch die Bedingung die Anordnung selbst zu einer gesetzlich verbotenen wird, das Gleiche gelten. Eine solche Zuwendung ist nicht als eine für immer dauernde gewollt; sie soll bei dem Eintritte der Bedingung wegfallen. In diesem Falle spricht ebensowenig eine Vermuthung dafür, daß der Erblasser dem Bedachten das Zugewendete habe belassen wollen, falls die Bedingung unzulässig sein sollte. Die in der Theorie vertretene Auffassung, jede unter einer auflösenden Bedingung abgegebene Willenserklärung bestehe aus zwei selbständigen Theilen, einer unbedingten Hauptwillenserklärung und einer auf die Wiederaufhebung der Wirkungen jener gerichteten, aufschiebend bedingten Nebenwillenserklärung, ist schon in den Motiven zum Allg. Th. S. 250, 251 als nicht gerechtfertigt erkannt worden.

Das Wesen der auflösenden Bedingung ist aber bei letztwilligen Verfügungen kein anderes als bei Rechtsgeschäften unter Lebenden. Wenn aufgestellt werden möchte, der Unterschied liege darin, daß bei der auflösend bedingten letztwilligen Zuwendung es sich stets um zwei Zuwendungen handele, um eine Zuwendung an den zunächst Bedachten und um eine Zuwendung an

denjenigen, welcher das Zugewendete im Falle des Eintrittes der Bedingung erhalten soll, während bei Rechtsgeschäften unter Lebenden nur eine Zuwendung vorliege, so würden mit einer solchen Aufstellung Fälle einbezogen werden, welche nicht in Frage stehen. Es sind die Fälle zu trennen, in welchen (z. B.) die Zuwendung wegfallen soll, falls der Bedachte nicht innerhalb einer bestimmten Zeit eine unerlaubte Handlung begeht — Fall einer auflösenden Bedingung —, und in welchen dem Bedachten auferlegt wird, das Zugewendete an einen Dritten herauszugeben, falls innerhalb einer bestimmten Zeit dieser eine unerlaubte Handlung begehe oder der Bedachte eine unerlaubte Handlung nicht begehe. In den letzteren Fällen liegt nicht eine auflösend bedingte Zuwendung vor, vielmehr handelt es sich um zwei Zuwendungen, von welchen die eine unbedingt, die andere unter einer aufschiebenden Bedingung getroffen ist. Wird die letztere Zuwendung hinfällig, weil ihr Inhalt ein unerlaubter ist, so wird davon die erstere Zuwendung nicht berührt, es sei denn, daß nach dem Willen des Erblassers auch die erstere in Mitleidenschaft gezogen werden sollte (§ 114). Der Einwand, es werde damit die äußere Form der Willenserklärung, auf welche der Erblasser in der Regel kein Gewicht zu legen pflege, zu sehr betont, kann für begründet nicht erachtet werden. Es wird sich immer erkennen lassen, ob der Erblasser nur die Entziehung und den damit verbundenen selbstverständlichen Rückfall an den Beschwerten (bei der Erbeinsetzung an die gesetzlichen Erben) oder eine selbständige weitere Zuwendung gewollt hat.

Demgemäß muß es auch in Ansehung der unter einer auflösenden unerlaubten Bedingung errichteten letztwilligen Verfügung bei der Anwendung der §§ 105, 106 sein Bewenden behalten.

Späteres Verbot der Handlung.

Eine Vorschrift darüber, was anzunehmen ist, wenn die zur Bedingung gemachte verbotene Handlung zur Zeit der Testamentserrichtung erlaubt war (vergl. sächs. G. B. § 2133 und im Gegensatze dazu Mommsen § 103), ist dementsprechend ebenfalls in den Entwurf nicht aufgenommen. Hierfür ist noch die besondere Erwägung entscheidend, daß in diesem Falle die allgemeinere Frage berührt wird, nach welchem Zeitpunkte das Erforderniß der Erlaubtheit des Inhaltes bei bedingten Rechtsgeschäften zu beurtheilen sei. Diese allgemeinere Frage ist auch im Allgemeinen Theile der Rechtswissenschaft überlassen geblieben. Es wäre um so bedenklicher, wenn im Erbrechte zu dieser Frage Stellung genommen werden sollte, als es zweifelhaft bleiben muß, wie die verschiedene Beantwortung im sächs. G. B. und bei Mommsen zeigt, welche der verschiedenen Entscheidungen durchgängig dem Willen des Erblassers Geltung verschaffen würde.

Religionswechsel ꝛc.

Der Entwurf enthält sich ferner der Entscheidung, welche einzelnen Bedingungen zu den unerlaubten zu zählen oder nicht zu zählen sind[1]), insbesondere auch über die Bedingung, eine von einem Dritten zu bestimmende Person zu ehelichen, sowie über die Bedingung eines Religions- oder Kon-

---

[1]) Windscheid § 94 Anm. 13; Zitate in den Motiven zum Allg. Th. S. 268 Anm.; Dernburg § 126, Eccius § 250 S. 421—424; Mommsen §§ 105, 106; hess. Entw. Art. 61.

fessionswechsels oder des Unterlassens eines solchen Wechsels (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 268). Die Aufnahme einschlagender Vorschriften in das Erbrecht könnte zu nicht zutreffenden Rückschlüssen in Ansehung des Allgemeinen Theiles Anlaß geben.

Kaptatorische Verfügung.

Ueber die kaptatorischen Verfügungen[1]) schweigt der Entwurf in Uebereinstimmung mit dem preuß. A. L. R., dem österr. G. B. sowie anderen Gesetzgebungen.

Privatorische Klausel.

Ebensowenig ist eine Vorschrift über die sog. privatorische Klausel[2]) aufgenommen. Daß, wenn der Erblasser angeordnet hat, der Bedachte solle die Zuwendung nicht erhalten oder wieder verlieren, falls er dem letzten Willen sich widersetze, durch die so gefaßte Bedingung ein Streit über die Echtheit oder den Sinn des Testamentes oder den Bestand des Nachlasses nicht getroffen wird, kann nicht zweifelhaft sein. Ob aber der Erblasser unmittelbar die Bedingung stellen könne, daß eine Anfechtung in den bezeichneten Richtungen nicht stattfinde, darüber ist eine Entscheidung entbehrlich; in dieser Hinsicht wird es bei den Folgesätzen bewenden können, welche sich aus den allgemeinen Grundsätzen ergeben.

Unterlassen einer den Gesetzen 2c. zuwiderlaufenden Handlung.

Eine Erläuterung, daß eine Anordnung statthaft ist, durch welche dem Bedachten ein Vortheil zugewendet wird für den Fall, daß er eine den Gesetzen oder den guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufende Handlung unterlasse, oder durch welche dem Bedachten ein Vortheil für den Fall entzogen wird, wenn er eine solche Handlung begehe[3]), ist nicht erforderlich. Die Aufnahme einer solchen Erläuterung würde zu unzutreffenden Rückschlüssen für den Allgemeinen Theil und das Recht der Schuldverhältnisse Anlaß geben können. Im Allgemeinen Theile ist nichts bestimmt darüber, ob und inwieweit eine Bedingung als erlaubt oder nicht erlaubt anzusehen sei, welche darauf geht, daß eine den guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung widerstreitende Handlung unterlassen werde, und auch bei der Kondiktion wegen verwerflichen Empfanges (§ 747) ist der Begriff des verwerflichen Empfanges in dieser Richtung nicht näher bestimmt worden, weil es lediglich darauf ankomme, ob das Rechtsgeschäft nach Beschaffenheit der Umstände einen Inhalt erhalte, welcher gegen die guten Sitten und die öffentliche Ordnung verstoße, dies aber der Prüfung des einzelnen Falles zu überlassen sei. Zudem ist eine Vorschrift im Erbrechte um so eher entbehrlich, als aus dem Karakter der letztwilligen Verfügung als einer einseitigen und widerruflichen Verfügung sich schon das gleiche Ergebniß entnehmen läßt.

6. Bedingung, welche den Bedachten lächerlich macht;

6. Vorschriften über die Bedingung, welche den Bedachten lächerlich macht (vergl. sächs. G. B. § 2134, Mommsen § 104). Im einzelnen Falle wird zu prüfen sein, ob die Bedingung gegen die guten Sitten verstößt oder nicht.

---

[1]) Vergl. Windscheid § 548 Anm. 18, § 633 Anm. 23; Unger § 16 Anm. 8; Dernburg § 126 Anm. 9, Eccius § 250 Anm. 44.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 457, Gruchot II S. 73, Dernburg § 171 Anm. 19, Eccius § 252 Anm. 139; sächs. G. B. § 2148; Mommsen § 116.

[3]) Vergl. sächs. G. B. § 2129; ferner Roth § 310 Anm. 17, 18; Dernburg § 126.

7. Vorschriften über die Zulässigkeit von theilweise bedingten, theilweise unbedingten Zuwendungen (bayr. L. R. III, 3 § 10 Nr. 9) und über die Zulässigkeit von mehrfach kopulativ oder alternativ bedingten Zuwendungen (vergl. preuß. A. L. R. I, 12 §§ 490, 492; sächs. G. B. § 2138; Mommsen § 107). Die allgemeinen Grundsätze müssen entscheiden.

7. theilweise bedingte Zuwendung.

Mit einigen Rechten[1]) den Fall besonders zu entscheiden, daß eine der alternativen Bedingungen wegfallen muß, ist nicht geboten. Die Frage würde auch nicht dem Erbrechte allein angehören (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 268).

Zweifelhafter kann erscheinen, ob eine Vorschrift angezeigt sei für den Fall, daß dieselbe letztwillige Anordnung mehrmals unter verschiedenen Bedingungen oder das eine Mal bedingt, das andere Mal unbedingt getroffen ist (l. 12 § 3 D. de leg. I, l. 27 §§ 1, 2, l. 67 D. 28, 5)[2]). Allein auch eine solche Vorschrift würde nicht angemessen sein. Ist dieselbe Anordnung mehrmals unter verschiedenen Bedingungen getroffen, so läßt sich bezweifeln, ob die Annahme, der Erblasser habe nur die zuletzt getroffene Anordnung als maßgebend ansehen wollen, in der Regel dem Willen des Erblassers gerecht wird. Vielfach wird, wenigstens bei Potestativbedingungen, der Erblasser von der Absicht geleitet worden sein, es solle in dem Ermessen des Bedachten stehen, welche der Bedingungen er erfüllen wolle. Ueberdies sind die Fälle nicht so häufig, daß zu einer Auslegungsregel ein Bedürfniß besteht. Ist dieselbe Anordnung einmal bedingt, einmal unbedingt getroffen, so würde die Entscheidung, daß nur die zuletzt getroffene Anordnung dem Willen des Erblassers noch entspreche, dann vielleicht in der Regel zutreffend sein, wenn es sich um zwei verschiedene zeitlich und äußerlich getrennte letztwillige Verfügungen handelt. Findet sich aber dieselbe Anordnung das eine Mal bedingt, das andere Mal unbedingt in einer und derselben letztwilligen Verfügung, so werden zunächst die beiden Anordnungen so auszulegen sein, daß sie möglichst im Einklange stehen; dabei wird sich nicht selten ergeben, daß die zweite unbedingte Anordnung nur als eine nicht erschöpfende Wiederholung der ersten Anordnung aufzufassen ist und daß der Erblasser keineswegs beabsichtigte, die Bedingung fallen zu lassen. Soweit die bezeichnete Entscheidung richtig ist, erscheint sie selbstverständlich.

Mehrmalige Zuwendung unter verschiedenen Bedingungen rc.

8. Eine besondere Vorschrift in Ansehung des Anspruches auf Sicherheitsleistung, welchen das Gesetz dem unter einer aufschiebenden Bedingung Berechtigten giebt (vergl. § 133, Motive zum Allg. Th. S. 256, 257). Es könnte bestimmt werden, daß dieser Anspruch wegfalle, wenn die alsbaldige Vollziehung der zufolge der Bedingung vorzunehmenden Handlung oder Leistung nur von dem Willen des Bedachten abhängt. Allein es besteht kein Anlaß, den unter einer aufschiebenden Bedingung Bedachten anders zu behandeln als den auf Grund eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden unter einer aufschiebenden Bedingung Berechtigten, um so weniger, als auch der in solcher Weise letztwillig Bedachte ein Interesse daran haben kann, sich vorerst mit der Sicherheitsleistung zu begnügen.

8. Sicherheitsleistung für den aufschiebend bedingt Bedachten.

[1]) Sächs. G. B. § 2138; Mommsen § 107.

[2]) Vergl. Unger § 16 Anm. 14; Eccius Bd. 4 S. 426, 427.

§ 1761.

Aufschiebend bedingte Zuwendung.

Ein bedingtes Recht geht auf den Erben über, wenn das unbedingte Recht vererblich ist (vergl. § 132, Motive zum Allg. Th. S. 256). Hieran ändert auch der § 1761 nichts, wenn er für aufschiebend bedingte letztwillige Zuwendungen die Auslegungsregel aufstellt, daß die Zuwendung unwirksam werden solle, wenn der Bedachte die Erfüllung der Bedingung nicht erlebe, und zwar in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte[1]) und vielen neueren Rechten, z. B. code civil Art. 1040, sächs. G. B. § 2144, hess. Entw. Art. 191, 225, 235, Mommsen § 109, aber entgegen dem preuß. A. L. R. I, 12 § 485. Zu entscheiden ist nur die Frage, ob der Inhalt der Bedingung ist, daß nicht nur das Ereigniß, welches den Gegenstand der Bedingung ausmacht, eingetreten sein, sondern auch der Bedachte den Eintritt der Bedingung erlebt haben müsse. Daß die Entscheidung dieser Frage, wie in der Theorie behauptet worden ist, mit dem Grundsatze des Erbschaftserwerbes kraft des Gesetzes im Zusammenhange stehe (Strohal, Transmission pendente conditione S. 26 ff.) kann nicht anerkannt werden. Darüber, ob es genügt, daß der bedingt Bedachte den Erbfall erlebt habe, oder ob die Zuwendung an die weitere Bedingung geknüpft ist, daß der Bedachte zur Zeit des Eintrittes der Bedingung noch lebe, so daß das bedingte Recht erlischt, wenn der Bedachte vor dem Eintritte des Ereignisses stirbt, entscheidet nothwendig der Wille des Erblassers. Hat die Anordnung sich klar über die Tragweite der Bedingung ausgesprochen, so ist diese Anordnung allein maßgebend. Nur für den Fall, daß die Anordnung darüber Zweifel läßt, kann eine Vorschrift am Platze sein. Die Feststellung des zu ermittelnden Willens der Prüfung des einzelnen Falles zu überlassen, erscheint deshalb bedenklich, weil es sich um eine praktisch wichtige Frage handelt. Ist demgemäß durch eine Auslegungsregel nachzuhelfen, so kann lediglich die aufgestellte Regel gegeben werden. Darauf, daß im Zweifel der bedingt Bedachte den Eintritt des den Gegenstand der Bedingung bildenden Ereignisses erlebt haben muß, wenn die Verfügung Bestand haben soll, weist schon der Umstand hin, daß, wie jeder Erblasser voraussetzt, der Bedachte müsse ihn überleben, wenn er das Zugewendete erhalten soll, so auch anzunehmen ist, er sei von dem Gedanken geleitet worden, der Bedachte müsse zur Zeit des Eintrittes des zur Bedingung gemachten Ereignisses noch am Leben sein. Gewöhnlich wird es auch das persönliche Verhältniß zu dem Bedachten sein, welches den Erblasser veranlaßt, die Zuwendung zu machen, während ihm die Annahme fernliegen wird, das Zugewendete solle in die Hände von Personen gelangen, welche er nicht kennt und die ihm vielleicht fremd oder unsympathisch sind, auch dann, wenn der bedingt Bedachte vor der Realisirung der Zuwendung verstorben ist. Ferner ist kaum anzunehmen, daß der Erblasser dem Bedachten ein Vermögensobjekt habe zuwenden wollen, über welches er sofort verfügen kann (wie dies bei einem bedingten Rechte sonst der Fall ist), noch weniger, daß nach seinem Willen dieses Vermögensobjekt von den Gläubigern des Bedachten im Wege der Zwangsvollstreckung solle in Anspruch genommen werden können.

---

[1]) Windscheid § 554 Anm. 13; Roth § 310 Anm. 42.

Dies incertus.

Die Regel ist auf den Fall der aufschiebenden Bedingung beschränkt. Dieser steht nach dem § 143 (Motive zum Allg. Th. S. 270) der Termin gleich, von welchem ungewiß ist, ob er eintreten werde. Die Regel auf den Fall auszudehnen, daß es sich um einen Anfangstermin handelt, von welchem es gewiß ist, daß er eintreten werde, aber ungewiß, wann er eintreten werde[1]), kann nicht für angemessen erachtet werden, obschon in manchen Fällen bei der Beifügung eines solchen Anfangstermines die gleiche Willensrichtung des Erblassers wie im Falle der Beifügung einer Bedingung vorliegen wird. Die Aufnahme einer Auslegungsregel auch für diesen Fall wäre bedenklich, weil sich daraus eine unrichtige Beurtheilung der Fälle ergeben könnte, in welchen die Zeitbestimmung nicht für das Entstehen des Rechtes, sondern lediglich für die Erfüllung Bedeutung hat. Eine solche Regel wäre ferner als Abweichung von dem § 143 wenig angemessen. In Ansehung des Anfangstermines bleibt demgemäß der Auslegung ohne jede Beengung Spielraum. Die abweichende Auffassung des gemeinen Rechtes beruht auf Gesichtspunkten, welche gegenüber dem Entwurfe nicht mehr zutreffen, die des sächs. G. B. auf der von dem Entwurfe im Allgemeinen Theile abgelehnten Gleichstellung von Befristung und Bedingung (Motive zum Allg. Th. S. 269, 270).

Uebrigens versteht sich nach dem Vorstehenden von selbst, daß auch bei Zuwendungen mit einem Anfangstermine, von welchem gewiß ist, ob und wann er eintreten wird, nicht immer ohne Einfluß ist, ob der Bedachte den Termin erlebt hat; unter Umständen kann nach dem Willen des Erblassers in solchen Fällen gleichfalls erforderlich sein, daß der Bedachte den Anfangstermin erlebt habe, damit die Zuwendung Erfolg habe.

Widerruf unter einer Bedingung.

Für eine Vorschrift des Inhaltes, daß, wenn eine letztwillige Verfügung unter einer Bedingung widerrufen werde, die Verfügung als eine bedingte Verfügung anzusehen sei[2]), läßt sich insbesondere geltend machen, daß es mit Rücksicht auf den § 1761 angemessen sei, die Gleichstellung auszusprechen, weil der unter einem bedingten Widerrufe Bedachte nicht besser stehen könne, als der bedingt Bedachte. Allein in dem bezeichneten Falle liegt zunächst eine unbedingte Zuwendung vor, welche als solche, sofern nur der Bedachte den Erblasser überlebt, der Auslegungsregel des § 1761 entzogen ist. Die Bedingung, von welcher der Widerruf abhängt, stellt sich für die Zuwendung als eine auflösende Bedingung dar. Dies erhellt klar, wenn nicht zu sehr auf das Wort „Widerruf" der Nachdruck gelegt, sondern mehr die sachliche Bedeutung einer solchen Widerrufserklärung ins Auge gefaßt wird; die letztere geht dahin, die Zuwendung solle wegfallen, wenn die Bedingung sich erfüllt. Die Vorschrift erscheint hiernach nicht geboten und wird jedenfalls durch den dafür geltend gemachten Grund nicht gerechtfertigt.

---

[1]) Vergl. Windscheid § 96 a Anm. 7; Roth § 310 Anm. 98; sächs. G. B. § 2149 und dazu Unger § 17 Anm. 2; Mommsen's Motive S. 223.

[2]) Vergl. Windscheid § 635 Anm. 7, § 640 Anm. 9; Unger § 61 Anm. o; sächs. G. B. § 2417.

§ 1762.

Erfüllung der Bedingung vor dem Erbfalle.

Den Fall, daß der Erblasser einer letztwilligen Verfügung eine aufschiebende oder auflösende Bedingung beigefügt hat, welche zur Zeit der Errichtung des Testamentes bereits erfüllt ist, entscheidet der § 137 (Motive zum Allg. Th. S. 264, 265). Bei einer letztwilligen Verfügung kann es jedoch vorkommen, daß das Ereigniß zwar nach der Errichtung des Testamentes, aber vor dem Erbfalle eingetreten ist. Dann erhebt sich der Zweifel, ob die Bedingung nach dem Willen des Verfügenden als erfüllt zu gelten habe oder nicht. Der Entwurf giebt eine Auslegungsregel im ersteren Sinne, in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte und den meisten geltenden Rechten[1]). Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der Erblasser von dem inzwischen erfolgten Eintritte des Ereignisses Kenntniß gehabt oder nicht gehabt hat. Dem Erblasser wird es in der Regel mehr darauf ankommen, daß das beabsichtigte Ergebniß erzielt werde, als darauf, daß seinem letzten Willen als solchem und zu Ehren desselben Genüge geschieht. Das Bedürfniß, hierfür eine Auslegungsregel aufzustellen, läßt sich mit Rücksicht darauf, daß solche Fälle häufig sind, nicht in Abrede stellen.

Die Fassung „in einer letztwilligen Verfügung" ist gewählt, um auch den Fall mitzutreffen, daß die die Bedingung enthaltende Verfügung erst später in einer besonderen letztwilligen Verfügung getroffen ist. Die Fassung „bei einer letztwilligen Verfügung" würde nicht ganz klar sein und könnte zu dem Mißverständnisse, als sei der bezeichnete Fall nicht einbezogen, Anlaß geben.

Willkürlich wiederholbare Handlung.

Die Regel muß eine Ausnahme dann erleiden, wenn die Bedingung in einer Handlung des Bedachten besteht, deren Wiederholung von dessen Willkür abhängt[2]). Die für diesen Fall im zweiten Absatze bestimmte Ausnahme kann nur dahin gehen, daß in dem bezeichneten Falle jene Auslegungsregel nicht Platz greift. Mit dem preuß. A. L. R. I, 12 § 502 die gegentheilige Vermuthung aufzustellen, geht zu weit. Es genügt, der Auslegung volle Freiheit zu lassen.

Wenn gegen die Vorschrift erinnert worden ist, es sei ausschließlich auf den Willen des Erblassers zu verweisen, weil auch die Fälle zu beachten seien, in welchen eine wiederholbare Handlung des Beschwerten oder eines Dritten in Betracht komme, und solche, in welchen eine Wiederholung möglich, aber nicht willkürlich oder doch nicht ohne große Schwierigkeiten oder nur im Falle des Eintretens besonderer Umstände erfolgen könne (Mommsen, Mot. S. 216, 217), so richten sich diese Einwendungen nur gegen die Aufstellung einer Vermuthung, treffen aber nicht die Auslegungsregel.

Vollständige Erfüllung

Daß eine Bedingung in der Regel als erfüllt nur anzusehen ist, wenn das zur Bedingung gemachte Ereigniß vollständig eingetreten ist (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 262), versteht sich von selbst[3]).

[1]) Vergl. Windscheid § 554 Anm. 13; Roth § 310 Anm. 48—51; preuß. A. L. R. I, 12 § 501, Dernburg § 125 Anm. 9—12, Eccius Bd. 4 S. 426; hess. Entw. Art. 286.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 502, 503.

[3]) Vergl. Windscheid § 554 Anm. 12; Roth § 310 Anm. 52.

Erfüllung per aequipollens.

Ueber eine Erfüllung per aequipollens[1]) lassen sich Vorschriften nicht aufstellen, welche mehr zum Ausdrucke bringen, als was selbstverständlich erscheint, ebensowenig darüber, ob der Bedachte nicht den Ausweg theilweiser Erfüllung unter Beschränkung auf einen Theil der Zuwendung wählen darf (preuß. A. L. R. I, 12 § 492).

Mehrere bedingt Bedachte.

Für den Fall, daß ein untheilbarer Gegenstand Mehreren bedingt zugewendet ist, oder daß bei Theilbarkeit der Zuwendung die Bedingung mehreren Bedachten zusammen auferlegt ist, kann eine Vorschrift zweckmäßig erscheinen[2]), zumal die Gesetzgebungen zu verschiedenen Ergebnissen gelangen. Allein diese Verschiedenheit des Ergebnisses zeigt, daß es nicht wohl angeht, für die immerhin nicht häufigen Fälle durch Vorschriften des Gesetzes einzugreifen. Auch besteht kein Bedürfniß, der Willensauslegung vorzugreifen. Bei der Verschiedenheit der möglichen Gestaltung kann eine einheitliche Entscheidung kaum getroffen werden, zumal sich eine ganze Reihe von Zweifelfragen aufwerfen läßt, und nicht allein die von dem geltenden Rechte in Betracht gezogenen, wie es sich gestalte, wenn nur einer die Bedingung erfülle, ob die Erfüllung desselben den übrigen Bedachten zu statten komme oder nur jenem, und ob oder was der einzelne Erfüllende zu erhalten habe. Noch weniger kann eine Vorschrift über die Kosten der Erfüllung für den Fall aufgenommen werden, daß die Erfüllung seitens des einen Bedachten nach dem Willen des Erblassers den übrigen Bedachten zu statten kommt. Nahe scheint zu liegen, die übrigen Bedachten in einem solchen Falle zu einem ihrem Antheilverhältnisse entsprechenden Ersatze der Kosten der Erfüllung heranzuziehen. Aber auch hierfür ließe sich nur ein Billigkeitsgesichtspunkt aufstellen, und dieser wird schon dann nicht zutreffen, wenn den übrigen Bedachten oder einzelnen derselben mit der Zuwendung nicht besonders gedient ist. Diese Frage muß daher gleichfalls der Willensauslegung überlassen bleiben. Bei der Auslegung wird zu prüfen sein, ob der Erblasser mit der Bedingung zugleich die Auflage verbunden hat, daß derjenige, welchem die Erfüllung (an welcher er sich nicht betheiligt hat) zu statten kommt, die entstandenen Kosten antheilig zu tragen habe.

§ 1763.

Bedingung zum Vortheile eines Dritten.

Für den Fall, daß die Erfüllung der einer letztwilligen Verfügung zugefügten Bedingung den Vortheil eines Dritten bezweckt, stellt der § 1763 die Auslegungsregel auf, die Bedingung sei als erfüllt anzunehmen, wenn der Dritte die zur Erfüllung nothwendige Mitwirkung verweigert, wohl in Uebereinstimmung mit der Natur der Dinge und dem anzunehmenden Willen des Erblassers, aber in Abweichung von dem preuß. A. L. R. I, 12 § 507 mit I, 4 §§ 112, 113. In den Allgemeinen Theil ist in dieser Richtung eine Vorschrift nicht aufgenommen (vergl. Motive dazu S. 263). Beschränkt auf letzt-

[1]) Vergl. Windscheid § 554 Anm. 17; Roth § 310 Anm. 63, 64; Eccius § 250 Anm. 53; sächs. G. B. § 2141; Mommsen § 108.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 498—500, dazu Dernburg § 125 unter b, Eccius § 250 S. 425, 426; sächs. G. B. § 2139; Mommsen § 111; hess. Entw. Art. 253, 292.

willige Verfügungen ist jedoch die Auslegungsregel gerechtfertigt, wie schon in den Motiven zum § 136 darauf hingewiesen ist.

Bedingung auf ein Thun des Bedachten.

Weitere Vorschriften, insbesondere über die Erfüllung der auf ein Thun des Bedachten gestellten Bedingung, sowie für den Fall, daß die Erfüllung unmöglich geworden ist (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 262, preuß. A. L. R. I, 12 §§ 505, 506, sächs. G. B. §§ 2142, 2143, Mommsen §§ 113, 114, u. A.), sind nicht erforderlich. Nur der erkennbare oder nach den Umständen des Falles zu beurtheilende Wille des Erblassers kann maßgebend sein. Jede Auslegungsregel wäre mehr oder weniger willkürlich. Die nach Errichtung des Testamentes eingetretene Unmöglichkeit anders zu beurtheilen als die vorher eingetretene, besteht für den Entwurf kein Anlaß (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 265).

§ 1764.

auf willkürliche Handlung des Bedachten.

Vorschriften sind dagegen veranlaßt, falls die Zuwendung von der Bedingung abhängig gemacht ist, daß der Bedachte während seiner Lebenszeit eine von seiner Willkür abhängende Handlung unterlasse oder ein von seiner Willkür abhängiges Thun bis zu seinem Tode fortsetze.

In dem ersteren Falle handelt es sich um die Fälle der sog. cautio Muciana[1]). Die Vorschrift des § 1761 nöthigt an sich nicht, diesen Fall besonders zu decken. Denn die dem § 1761 zu Grunde liegende Voraussetzung trifft hier nicht zu. Der Wille des Erblassers kann nämlich nicht darauf gerichtet gewesen sein, daß der Bedachte den Eintritt der zur Bedingung gemachten Thatsache erlebe, weil die Thatsache (das lebenslängliche Unterlassen einer Handlung seitens des Bedachten) mit dessen Tode zusammenfällt, und, da sich kaum sagen läßt, daß Jemand seinen Tod erlebe, bei der Voraussetzung jenes Willens die Verfügung hinfällig sein müßte, sodaß weder der Bedachte, obschon er vorschriftsmäßig gelebt hatte, noch seine Erben etwas erhalten würden. Aber gerade deshalb wird in der Regel anzunehmen sein, daß nach dem Willen des Erblassers der Bedachte die Zuwendung schon für seine Person erhalten und derselben nur dann nicht mehr theilhaftig werden solle, wenn er das zur Bedingung gemachte Verhalten nicht mehr beobachtet. Das röm. Recht, und ihm folgend mehrere neuere Rechte, nehmen dies an und helfen durch Sicherheitsleistung nach. Indem der Entwurf diesen, wenigstens für den Zweifelsfall, sich anschließt, besteht für ihn kein Anlaß, Sicherheitsleistung zu erfordern; vielmehr erscheint es angemessener und dem Gedanken des Erblassers besser entsprechend, diese aufschiebende Bedingung als eine auflösende Bedingung mit dem entgegengesetzten Inhalte zu behandeln, nachdem auch die Erbeinsetzung unter einer auflösenden Bedingung zugelassen ist (vergl. § 1760). Das preuß. A. L. R. enthält hierüber keine Vorschrift; es wird anzunehmen sein, daß dasselbe Alles auf die Beschaffenheit des einzelnen

[1]) Windscheid § 554 Anm. 7—11, § 635; Roth § 310 Anm. 63, § 320; sächs. G. B. § 2147; Mommsen § 115; hess. Entw. Art. 237, 293; für das preuß. A. L. R. Dernburg § 125 Anm. 19; ferner Unger § 16 Anm. 23—28.

Falles stellt[1]). Allein, wenn keine Vorschrift gegeben wird, so kann die Auslegung, insbesondere gegenüber einer ungeschickten Ausdrucksweise des Erblassers, um welche es sich zumeist handeln wird, nicht selten gehindert werden, dasjenige zur Geltung zu bringen, was der Erblasser in Wirklichkeit gemeint hat; zu besorgen ist, daß alsdann bei der Auslegung vielfach Anstand genommen werden würde, die aufschiebende Bedingung in eine auflösende umzudeuten.

Die Auslegungsregel kann nur für den Fall aufgestellt werden, daß die Bedingung auf ein bis zum Ende des Lebens des Bedachten fortgesetztes Unterlassen gestellt ist, nicht auch für den Fall, daß ein im Voraus in Ansehung der Dauer bestimmtes oder bestimmbares Unterlassen den Gegenstand der Bedingung bildet. Eine Bedingung, sich drei Jahre lang des übermäßigen Trinkens zu enthalten, fällt nicht unter diese Vorschrift.

Möglich sind noch andere Fälle, z. B. daß die Bedingung dahin geht, eine Handlung so lange nicht vorzunehmen, als es überhaupt möglich ist, dieselbe vorzunehmen, z. B. daß ein Ehemann seine Ehefrau nicht verlasse (vergl. Mommsen, Mot. S. 221). Diese Fälle sind indessen einer einheitlichen Behandlung nicht zugänglich.

Die entsprechende Anwendung der Vorschrift des ersten Absatzes auf den zweiten bezeichneten Fall, daß die Zuwendung von einem bis zum Tode des Bedachten fortgesetzten, von dessen Willkür abhängenden Thun abhängig ist (Abs. 2), rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß zwischen der Bedingung des fortgesetzten Unterlassens und der Bedingung fortgesetzten Handelns vielfach nur ein Wortunterschied besteht (vergl. Mommsen's Mot. S. 222, Unger § 16 Anm. 25), mit anderen Worten, daß eine Bedingung ihrem Sinne nach eine negative Potestativbedingung sein kann, wenn sie auch affirmativ gefaßt ist (Beispiele hierfür bei Mommsen und Unger).

Wenn gegen die Umdeutung, wie sie auch im § 708 des österr. G. B. sich findet, eingewendet worden ist, es werde dem muthmaßlichen Willen des Erblassers nicht entsprechen, daß der Bedachte die Nutzungen der Zwischenzeit haben solle (Mommsen S. 221), so ist dieser Meinung nicht beizupflichten. Eine Vorschrift, daß eintretendenfalls der Bedachte mit dem Gegenstande der Zuwendung die gezogenen Früchte herauszugeben habe, kann daher nicht aufgenommen werden. Dies wäre nicht folgerichtig. Wird die Bedingung als eine auflösende behandelt, so muß es auch bei den Folgen der auflösenden Bedingung sein Bewenden behalten. Ist die Bedingung in der That eine aufschiebende, so muß sie als eine solche, nicht allein in Ansehung der Früchte, zur Geltung gelangen. Zu beachten bleibt jedoch die Vorschrift des § 130, welche auch hier zur Anwendung zu bringen ist. Geht der Wille des Erblassers dahin, daß die Beendigung der rechtlichen Wirkung auf den Zeitpunkt des Erwerbes der Zuwendung zurückbezogen werden soll, so sind nach dieser Vorschrift die Betheiligten, falls die auflösende Bedingung sich erfüllt, unter einander so berechtigt und verpflichtet, wie wenn die rechtliche Wirkung der bedingten Verfügung niemals eingetreten wäre (vergl. übrigens § 1807).

---

[1]) Dernburg a. a. O.

§ 1765.

Bedingung auf bloßes Wollen des Beschwerten 2c.

Für den Fall, daß die Bedingung in einem bloßen Wollen des Beschwerten oder eines Dritten besteht, erklärt der Entwurf die letztwillige Verfügung für nichtig (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 266), und zwar in Uebereinstimmung mit dem überwiegend geltenden Rechte[1]). Die Vorschrift dürfte der inneren Rechtfertigung nicht entbehren. Bei letztwilligen Verfügungen ist weder eine Vertretung im Willen noch eine Vertretung in der Erklärung statthaft (§ 1191). Verfügt ein Erblasser in der bezeichneten Weise, so disponirt er selbst und macht nur die Wirksamkeit der Verfügung von dem Willen des Dritten abhängig. Dennoch muß einem solchen Vorgehen entgegengetreten werden; denn thatsächlich liegt in der Heranziehung des Willens eines Dritten, welcher der Verfügung erst ihre Kraft verleihen soll, immer eine Art von Uebertragung der Testamentserrichtung. Der Einwand, wenn dies richtig sei, dürfe die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung auch nicht von einer Potestativhandlung eines Dritten abhängig gemacht werden, kann nicht als begründet anerkannt werden. Mit Recht macht Mommsen S. 204, 205 dagegen geltend, daß auch andere Umstände, als der Wunsch, dem Bedachten eine Gunst zu erweisen, den Dritten bewegen können, die Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen, während bei jener auf sein Wollen gestellten Bedingung es ganz von seinem Willen abhängt, ob die Verfügung gültig sein soll, ferner, daß eine Grenzlinie zwischen den Bedingungen, deren Erfüllung als lediglich von dem Willen des Dritten abhängig zu betrachten ist und solchen Bedingungen, in Ansehung deren dies nicht gilt, sehr schwer zu ziehen ist, endlich, daß, wenn dies entscheidend sein sollte, sich kaum erkennen lassen wird, ob irgend eine Beziehung zwischen der zur Bedingung gemachten Potestativhandlung des Dritten und der letztwilligen Zuwendung vorhanden ist oder nicht. Diese Gründe mögen auch für das geltende Recht maßgebend gewesen sein, denn kein Recht schließt, soviel bekannt, die auf die Handlung eines Dritten gestellte Bedingung aus. Die Zulässigkeit einer solchen Potestativbedingung auszusprechen[2]), ist entbehrlich. Die Vorschrift erwähnt nur das „bloße Wollen".

Um dem Mißverständnisse vorzubeugen, als sei im Sinne dieser Vorschrift der Beschwerte nicht als Dritter anzusehen, während doch die für die Vorschrift angeführten Gründe in Ansehung des Beschwerten in ganz gleicher Weise zutreffen, ist, in Uebereinstimmung mit den §§ 1770, 1777, auch hier der Beschwerte neben dem Dritten besonders erwähnt. Gegen die besondere Erwähnung des Beschwerten oder Verpflichteten läßt sich zwar erinnern, daß in Ansehung des Beschwerten eine Vorschrift nicht erforderlich sei. Ist die Bedingung eine aufschiebende, so ergiebt sich aus dem § 138 Satz 2, daß die Verpflichtung nichtig ist. Diese Vorschrift trifft auch den Fall, daß ein Verpflichteter zunächst noch nicht vorhanden ist, sondern erst eine Ver-

[1]) Windscheid § 547 Nr. 2, § 633 Nr. 6; Roth § 300, III Nr. 3, § 309 Nr. 1; Mommsen § 92; — abweichend jedoch sächs. G. B. § 2086.

[2]) Mommsen § 92 Abs. 2.

pflichtung einem Dritten unter der Bedingung „wenn er wolle" auferlegt ist (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 266). In Ansehung der auflösenden Bedingung ist ein Gleiches im Allgemeinen nicht bestimmt, weil für Rechtsgeschäfte unter Lebenden eine solche Vorschrift nicht schlechthin zutreffend wäre.

Zwischen aufschiebender und auflösender Bedingung hier in dem Sinne zu unterscheiden, daß die Verfügung unter einer aufschiebenden Bedingung nichtig, die unter einer auflösenden Bedingung gültig und nur die den Wegfall der Anordnung bezielende Verfügung hinfällig sei, ist nach den Darlegungen zum § 1760 über den Karakter der Resolutivbedingung nicht zulässig.

§ 1766.

Beliebige Leistungszeit.

Für den Fall, daß bei einem Vermächtnisse oder einer Auflage die Zeit der Leistung dem Belieben des Beschwerten überlassen ist, wird übereinstimmend mit dem gemeinen Rechte (l. 11 § 6, l. 41 § 13 D. de leg. III und Mommsen § 119) die Auslegungsregel aufgestellt, die Leistung werde mit dem Tode des Beschwerten fällig. Die den muthmaßlichen Willen des Erblassers zur Geltung bringende Vorschrift kann deshalb entbehrlich erscheinen, weil eine ähnliche Vorschrift in den § 231 für den Fall, daß die Zeit der Erfüllung in die Willkür des Schuldners gestellt ist, Aufnahme nicht gefunden hat (Motive dazu S. 38, 39). Allein für letztwillige Verfügungen erscheint die gegebene Auslegungsregel nicht bedenklich und wohl geeignet, Streitigkeiten vorzubeugen. Zu irrigen Schlüssen für das Recht der Schuldverhältnisse wird sie nicht Anlaß geben.

§ 1767.

III. Willenserklärung.

1. Vorbehalt einer Ergänzung.

In Testamenten findet sich nicht selten eine Erklärung des Erblassers dahin, daß er eine Ergänzung seiner letztwilligen Verfügung sich vorbehalte, ohne daß später eine Erklärung, welche die Ergänzung enthält, erfolgt. In einem solchen Falle kann davon ausgegangen werden, der Erblasser habe bei Errichtung des Testamentes einen über den Inhalt der in demselben niedergelegten Willenserklärung hinausgehenden Willensentschluß bereits gefaßt gehabt und sich nur vorbehalten, den fehlenden Theil später zum Ausdrucke zu bringen, sodaß die letztwillige Verfügung unvollständig und von dem Hinzutritte der Ergänzung abhängig sein würde. Näher liegt aber und erfahrungsmäßig mehr begründet ist die Annahme, der Erblasser habe dasjenige, was er in Ansehung seines Nachlasses bestimmen wollte, erschöpfend kundgegeben und nur auf die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit hingewiesen, daß er sich noch zu weiteren Anordnungen veranlaßt sehen könnte. Zur Vermeidung unnöthiger Zweifel und Streitigkeiten ist es angemessen, eine die letztere Annahme für den Zweifelsfall zur Geltung bringende Auslegungsregel aufzustellen. Die Regel noch allgemeiner, ohne Hinweisung darauf, daß die Ergänzung nicht erfolgt ist, aufzustellen, ist nicht wohl thunlich, da die Auslegungsregel nur für diesen besonderen Fall sich rechtfertigen läßt.

Unvollendete Verfügung.

Mit dem gemeinen Rechte und einigen anderen Rechten[1]) zu bestimmen, daß eine letztwillige Verfügung nichtig sei, wenn der Inhalt sich als der unvollendet gebliebene Beginn der beabsichtigten Verfügung darstellt, und Beispiele hinzuzufügen, wann eine Erbeinsetzung als unvollständig anzusehen sei (sächs. G. B. § 2082; Mommsen § 91), oder zu bestimmen, daß die Verfügung nichtig sei, wenn der Gegenstand der Zuwendung oder die Person des Bedachten weder bestimmt bezeichnet, noch nach den in der Verfügung enthaltenen Bestimmungen zu ermitteln ist (sächs. G. B. § 2081; Mommsen § 89), kann nicht für angemessen erachtet werden. Für die Aufnahme einer Vorschrift des letzteren Inhaltes besteht kein Bedürfniß. Deren Richtigkeit ergiebt sich zur Genüge aus den übrigen Vorschriften des Entwurfes, zumal die institutio mystica in denselben Aufnahme nicht gefunden hat (vergl. zum § 1931). Eine Vorschrift über den unvollendet gebliebenen Beginn der Verfügung würde nur die Anwendung eines für alle Rechtsgeschäfte geltenden Grundsatzes auf letztwillige Verfügungen enthalten. Im Allgemeinen Theile ist ebenfalls der Grundsatz, daß ein nicht vollendetes Rechtsgeschäft nicht existire, nicht besonders ausgesprochen. Ueberdies würde mit einem solchen Ausspruche wenig erreicht sein. Die Schwierigkeit liegt gerade darin, die Voraussetzung, ob oder wann eine letztwillige Verfügung als vollendet oder als unvollendet anzusehen ist, festzustellen. Diese Frage aber entzieht sich wegen der Mannigfaltigkeit der möglichen Gestaltungen der gesetzlichen Regelung im Allgemeinen. Die Vorschrift des § 78 bezieht sich nur auf Verträge und beruht auf besonderen, hier nicht zutreffenden Erwägungen (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 162, 163). Wird das Bedürfniß zu einer allgemeinen Vorschrift nicht anerkannt, so fehlt jeder Anlaß, in Ansehung der Erbeinsetzung für gewisse Fälle (z. B. Unterlassen der Bestimmung des Erbtheiles bei vorliegender Einsetzung auf einen Erbtheil, Verweisung auf eine anderweit vorgenommene, nicht vorfindliche Theilbestimmung) besondere Vorschriften zu geben.

§§ 1768—1776.

2. Person des Bedachten. Persona incerta.

Darüber, ob eine persona incerta bedacht werden kann, ist an dieser Stelle nichts zu bestimmen. Die Eigenthümlichkeit des früheren röm. Rechtes, daß eine persona incerta nicht zum Erben eingesetzt werden konnte, ist in dieser Allgemeinheit selbst dem geltenden gemeinen Rechte fremd[2]). Daß es zulässig sei, gewisse personae incertae zu bedenken, ist bereits im § 1758 anerkannt. Wegen zu errichtender Stiftungen vergl. § 59. Einen weiteren Belag hierfür geben die §§ 1807, 1808.

§ 1768.

a) Ungewißheit der Person des Bedachten.

Das gemeine Recht läßt nach der herrschenden Ansicht[3]), wenn der Zweifel der Anordnung, welche Person der Erblasser bedenken wollte, nicht

[1]) Windscheid § 546 Nr. 5, § 633 Nr. 5; Unger § 13 Anm. 7; Dernburg § 121.

[2]) Windscheid § 547 Anm. 2; Brinz § 368 Anm. 36; Roth § 300 Anm. 116, § 309 Anm. 9; Unger § 14 a. E.; u. A.

[3]) Windscheid § 546 Anm. 2, § 633 bei Anm. 3; Dernburg § 120 bei Anm. 16.

lösbar ist, keine Folge geben. Das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 540—542 giebt Anweisungen, auf welchem Wege zu ermitteln ist, wer gemeint sein könne; „wenn das Verhältniß vollkommen gleich ist", sollen die Betheiligten zu gleichen Theilen theilen[1]). Der Entwurf schließt sich dem gemeinen Rechte an. In dem vorausgesetzten Falle bleibt die Person des Bedachten völlig ungewiß. Würde eine Vorschrift nicht aufgenommen, so würde lediglich die Beweislage entscheiden, unter Umständen also der erste Zugriff und die daraus zu entnehmende Parteistellung. Dabei können sich jedoch Ergebnisse herausstellen, welche gewiß nicht befriedigen. Diesen Fall der alternativen Bedenkung gleichzustellen, erscheint nicht zulässig. Zwischen beiden Fällen besteht ein erheblicher Unterschied. In dem bezeichneten Falle ist es keineswegs dem Erblasser gleichgültig, ob die eine oder die andere der bestimmten Personen die Zuwendung erhält, vielmehr wollte er, daß nur die eine Person, welche er zu bedenken im Sinne hatte, die Zuwendung erhalte; an die übrigen, in Folge der ungenügenden Bezeichnung in Betracht kommenden Personen hat er gar nicht gedacht. Dem Willen des Erblassers entspricht mithin eine Vertheilung unter diese Personen nicht, vielmehr würde damit geradezu seinem Willen entgegengehandelt werden. Noch weniger würde es sich rechtfertigen lassen, in Ansehung eines Vermächtnisses dem Beschwerten die Auswahl zu überlassen. Eine solche Willensmeinung ist in keiner Weise dem Umstande, daß nicht festzustellen ist, wer bedacht ist, zu entnehmen. Würde der Entwurf sich über den Willen des Erblassers hinwegsetzen, so bliebe nur übrig, eine Theilung auch in Ansehung des Vermächtnisses positiv vorzuschreiben.

§ 1769.

b) Alternative Erbeinsetzung.

Besondere Vorschriften sind erforderlich für den Fall, daß mehrere Personen alternativ als Erben eingesetzt oder alternativ mit einem Vermächtnisse bedacht sind[2]).

Sind mehrere Personen alternativ in der Weise eingesetzt, daß nur die eine oder die andere Erbe sein soll, so läßt die Einsetzung an sich die erforderliche Bestimmtheit vermissen. Klar ist, daß der Erblasser die Erbschaft der einen oder der anderen Person hat zuwenden wollen und daß er kein Gewicht darauf gelegt hat, welche dieser Personen die Erbschaft erhält. Werden die alternativ Eingesetzten als gemeinsam eingesetzt behandelt (Abs. 1), so wird nur eine geringe Umdeutung des Willens vorgenommen.

Diese Umdeutung erscheint weit eher begründet, als die Annahme einer Ersatzberufung. Eine Verdeutlichung, daß die Vorschrift eine Ersatzerbeinsetzung oder Nacherbeinsetzung nicht treffen soll, ist entbehrlich.

[1]) Vergl. hierzu Dernburg § 120 Anm. 17; Eccius § 250 Anm. 16, 17.

[2]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Windscheid § 547 Anm. 8, § 633 Anm. 3; Roth § 309 Anm. 11, § 318 Anm. 15 (Gleichtheilung für Vermächtnisse); sächs. G. B. §§ 2167, 2399; Unger § 14 Anm. 4; Mommsen §§ 134, 349 (Gleichtheilung für Vermächtnisse); das preuß. A. L. R. enthält keine ausdrückliche Entscheidung: vergl. Dernburg § 129 Anm. 2, § 135 Anm. 18, Eccius § 251 Anm. 84; aber Koch, Erbrecht S. 1095.

Alternatives Vermächtniß.

Die in Ansehung der Vermächtnisse getroffene Entscheidung, daß die mehreren Personen als Gesammtgläubiger gelten sollen, Abs. 2, läßt sich vielleicht schon den allgemeinen Grundsätzen entnehmen. Der Erblasser, welcher so verfügt, legt damit thatsächlich das Hauptgewicht darauf, welcher der Bedachten das Zugewendete zunächst erlangen wird. Daß dabei auch der Wille des Beschwerten einen Einfluß äußern kann, ist richtig, kommt aber im Sinne des Erblassers nur als zufälliger Umstand in Betracht. Hiernach stellt es sich im Wesentlichen nur als eine Frage der Konstruktion dar, ob die alternativ Bedachten als Gesammtgläubiger hingestellt werden sollen. Diese letztere Konstruktion verdient aber im Interesse der Vereinfachung des Rechtes den Vorzug. Um den Gedanken materiell zur vollen Geltung zu bringen, muß mit Rücksicht auf den § 337 Abs. 1 ausgesprochen werden, daß der Empfänger nicht verpflichtet ist, das Empfangene mit den übrigen Bedachten zu theilen.

Daß die Vorschriften Dispositivnormen sind, wird nach der Fassung nicht verkannt werden.

§ 1770.

c) Bestimmung durch den Beschwerten oder einen Dritten.

Bereits bei der Begründung des § 1765 ist davon ausgegangen, daß in Ansehung der letztwilligen Verfügung weder eine Vertretung im Willen, noch eine Vertretung in der Erklärung zulässig ist (vergl. §§ 1911, 1941). Der Erblasser kann daher auch nicht bestimmen, daß ein Anderer an seiner Stelle eine letztwillige Verfügung treffe. Indessen kommt es darauf an, klarzustellen, wieweit dieser Grundsatz im Einzelnen trägt. Die hierüber bestehenden Zweifel sollen in einigen Hauptpunkten gelöst werden. Eine prinzipielle Entscheidung darüber zu geben, ist kaum ausführbar. Sollte vorgeschrieben werden, der Erblasser dürfe anordnen, daß ein Dritter eine von ihm getroffene letztwillige Verfügung (nach einzelnen Richtungen hin) näher bestimme, so würde damit ein Unterschied gesetzt zwischen dem Disponiren an sich und dem Ergänzen des Disponirten, und diese Unterscheidung ist bereits in der Begründung zum § 1765 abgelehnt. Die verneinende Antwort auf die Hauptfrage ist damit gegeben. Dies Ergebniß besonders auszusprechen (Satz 1), wennschon dasselbe nur als eine zutreffende Anwendung des Hauptgrundsatzes sich ansehen läßt, erscheint wegen der Wichtigkeit des Falles geboten und zweckmäßig im Hinblicke auf das geltende Recht[1]). Gegen die Entscheidung des sächs. G. B. (§§ 2086, 2087, 2091, 2399; vergl. dazu Mommsen's Mot. S. 204, 205), welche auf der entgegengesetzten Auffassung beruht, wird — gewiß nicht ohne Grund — geltend gemacht, daß es dem Dritten freistehen müßte, sich selbst als Erben oder Bedachten zu bezeichnen und daß dies schwerlich der Absicht des Erblassers entsprechen wird.

Auswahl unter Mehreren.

Eine Ausnahme ist geboten, falls der Erblasser mehrere Personen bezeichnet hat, unter welchen eine ausgewählt werden soll. Der Fall steht dem

[1]) Vergl. Windscheid § 547 Anm. 4, 6, 7 (mit Unterscheidung des nackten Willens und des vernünftigen Ermessens eines Dritten), § 633 Anm.; Roth § 300 Anm. 12, § 309 Anm. 4; preuß. A. L. R. I, 12 § 49; Unger § 14 Anm. 4; hess. Entw. Art. 51.

des § 1769 so nahe, daß es nicht gerechtfertigt sein würde, auch diesen Fall der Regel des ersten Satzes zu unterwerfen. Andererseits würde eine Vorschrift, durch welche eine solche Zuwendung ohne Weiteres für gültig erklärt wird, mit der Auffassung, auf welcher der § 1765 beruht, im Widerspruche stehen. Denn in der Ueberlassung der Auswahl an den Dritten oder an den Beschwerten liegt immer eine Art der Uebertragung des Testirens. Mindestens würde eine solche Vorschrift die Umgehung des § 1765 ermöglichen. Die Erwägung, daß auch hier der Erblasser diejenigen Personen näher bezeichnet hat, welche als Bedachte in Betracht kommen sollen, und daß er zu erkennen gegeben hat, daß es ihm gleichgültig sei, welche der Personen die Zuwendung erhalten soll, legt es nahe, den § 1769 entsprechend anzuwenden (Satz 2). Diese Entscheidung beseitigt die Auswahl durch einen Anderen, welche allein als nicht zulässig sich ergiebt; sie verträgt sich mit dem Willen des Erblassers, von dem nicht zulässigen Theile der Verfügung abgesehen, noch am meisten und entspricht dem Grundsatze thunlichster Aufrechterhaltung letztwilliger Verfügungen. Würde, in Abweichung von dem Grundsatze des § 1765, eine solche Verfügung unbeschränkt aufrecht erhalten, so müßten sich nicht unerhebliche Schwierigkeiten dann ergeben, wenn der Dritte die ihm übertragene Wahl nicht ausüben kann oder will; es müßte zu verwickelten Vorschriften gegriffen werden, um diese Schwierigkeiten zu lösen. Die Vorschriften der §§ 2087, 2091 sächs. G. B. würden keineswegs ausreichen. Es würde zu bestimmen sein, wem gegenüber die Wahl zu erfolgen hat, auf welchem Wege festzustellen ist, daß der Dritte die Wahl verweigert, ob und wann die Erklärung des Dritten eine unwiderrufliche ist.

Dem Beschwerten die Wahl des Vermächtnißnehmers zu überlassen, sofern der Kreis der Personen, aus welchen zu wählen ist, bestimmt wurde, entspräche zwar dem gemeinen Rechte[1]). Allein eine Vorschrift dieses Inhaltes wäre nach dem Vorstehenden nicht gerechtfertigt. Deshalb und, um das Mißverständniß auszuschließen, als sei der Beschwerte nicht ein Dritter, ist des Beschwerten neben dem Dritten gedacht.

Mittelbar wird der Entwurf in vielen Fällen zu demselben Ergebnisse wie das gemeine Recht führen, indem ein Gesammtschuldverhältniß angenommen wird (vergl. § 329 Abs. 1 Satz 1).

Willkür und billiges Ermessen.

Einen Unterschied kann es nicht machen, ob das reine und unbeschränkte Wollen des Beschwerten oder des Dritten oder ein gewisses verständiges Wollen derselben und ein durch Rücksichtnahme auf die Umstände geleitetes billiges Ermessen derselben entscheiden soll. Denn der Grund der Vorschrift, die Unvollständigkeit der letztwilligen Verfügung, trifft in beiden Fällen in gleichem Maße zu. Deshalb ist eine so allgemeine Fassung gewählt, damit kein Zweifel obwalte, daß sowohl der Fall der Verweisung auf die Willkür als der Fall der Verweisung auf das billige Ermessen der mit der Entscheidung betrauten Person gemeint ist.

Daß auch diese Vorschriften nur Dispositivregeln enthalten, läßt die Fassung erkennen. Der zweite Satz steht mit dem ersten in so enger Ver-

---

[1]) Windscheid § 633 Anm. 15c; Roth § 319 Anm. 10.

bindung, daß nicht zweifelhaft sein kann, die Wahl, von welcher der zweite Satz spricht, sei die von dem Beschwerten oder einem Dritten zu treffende Wahl.

Eine Disharmonie mit dem Grundsatze des § 1765 wird sich nicht behaupten lassen. Von der allgemeinen Vorschrift des § 1765 macht der § 1770 dann eine Ausnahme, wenn feststeht, daß der Erblasser bestimmt bezeichnete Personen bedenken wollte und nur zwischen diesen Personen von dem Beschwerten oder einem Dritten eine Auswahl getroffen werden soll.

§ 1771.

d) Verwandte oder nächste Verwandte.

Für den nicht seltenen Fall, daß in einer letztwilligen Verfügung die Verwandten oder die nächsten Verwandten des Erblassers ohne nähere Bestimmung bedacht sind, wird die Auslegungsregel aufgestellt, es seien diejenigen Verwandten bedacht, welche die gesetzlichen Erben des Erblassers sein würden, und zwar nach Maßgabe der Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge, Abs. 1.

Die Regel bezieht sich nicht auf den Fall, daß die gesetzlichen Erben oder die Erben schlechthin (letzteres wird noch häufiger vorkommen) bedacht sind. In diesem Falle ist ohne Weiteres klar, daß es nach dem Willen des Erblassers in allen Beziehungen dem Ergebnisse nach bei demjenigen verbleiben soll, was aus den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge sich ergiebt, soweit nicht der letzte Wille ein Anderes ergiebt; die gesetzliche Erbfolge wird nur zu einer gewillkürten gemacht.

Sind aber die Verwandten oder die nächsten Verwandten bedacht, so könnte die Bezeichnung mit Rücksicht darauf, daß der Entwurf in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge im Wesentlichen dem Systeme der Parentelerbfolge sich angeschlossen hat (§§ 1964 ff.), leicht zu der Annahme führen, der Erblasser habe nicht die Grundsätze der gesetzlichen Erbfolge, sondern den Verwandtschaftsgrad allein entscheiden lassen wollen oder er habe alle Personen, welchen das Merkmal der Verwandtschaft beiwohnt, zu gleichen Theilen bedenken wollen. Die Entscheidung des Entwurfes entspricht einer Mehrzahl neuerer Rechte[1]), während die gemeinrechtliche Praxis schwankt[2]); sie wird, in der Beschränkung auf die Verwandten des Erblassers, die Wahrscheinlichkeit für sich haben. Ist ohne eine nähere, auf individuelle Personen hinweisende Bestimmung lediglich auf die Eigenschaft als Verwandte Bezug genommen, so liegt es am nächsten, anzunehmen, das Merkmal und die Voraussetzung solle sich ebenso bestimmen und in gleicher Weise wirken wie bei der gesetzlichen Erbfolge. In diesem Falle geht die Auslegungsregel noch über die Ermittelung der Bedachten hinaus; sie bestimmt zugleich über den Gegenstand der Zuwendung durch Heranziehung der Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge und läßt erkennen, daß die Vorschrift sowohl nach innen (für die Bedachten unter sich) als nach außen

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 522; sächs. G. B. § 2161; Mommsen § 128 Abs. 1; hess. Entw. Art. 55.

[2]) Seuffert's Arch. 10 Nr. 269, 13 Nr. 318 mit 12 Nr. 242, 31 Nr. 47, aber auch 8 Nr. 151

(gegenüber den Nachlaßgläubigern und Erbschaftsschuldnern u. s. w.) anzuwenden ist.

Ob im einzelnen Falle der Ausdruck „Verwandte" völlig die Bedeutung von „gesetzlichen Erben" haben soll, insbesondere in dem Sinne, daß auch der Ehegatte miteinbegriffen ist, muß der Auslegung nach den Umständen des Falles überlassen bleiben.

Maßgebende Zeit.

Erforderlich ist die Entscheidung, welcher Zeitpunkt maßgebend ist, um festzustellen, welche Personen als die gesetzlichen Erben anzusehen sind. Für den Regelfall kann dies nur der Zeitpunkt des Erbfalles sein, Abs. 2 Satz 1. Ist eine aufschiebende Bedingung oder ein Anfangstermin beigefügt, so soll nach der Auslegungsregel des Abs. 2 Satz 2, entsprechend dem § 1761, angenommen werden, diejenigen seien bedacht, welche die gesetzlichen Erben sein würden, wenn der Erblasser erst zur Zeit des Eintrittes der Bedingung oder des Termines gestorben wäre. Der Entwurf verallgemeinert damit den Gedanken, auf welchem der § 2188 des sächs. G. B. beruht, in Uebereinstimmung mit Mommsen § 128 Abs. 2 und der überwiegenden gemeinrechtlichen Praxis[1]). Mit Recht macht Mommsen (Mot. S. 227) geltend, daß es der Willensmeinung des Erblassers in der Regel schwerlich entsprechen würde, wenn die zur Zeit des Erbfalles als gesetzliche Erben Berufenen auch im Falle eines Anfangstermines als die Bedachten angesehen würden; denn alsdann würde die Zuwendung an deren Erben gelangen, ohne Unterschied, ob diese Erben Verwandte des Erblassers oder diesem Fremde sind, während doch der Erblasser kaum an Andere als Angehörige seiner Familie gedacht haben wird. Allerdings liegt hierin eine Abweichung von der Auslegungsregel des § 1761, aber aus dem bezeichneten Grunde wird es gerechtfertigt sein, hier den Anfangstermin der aufschiebenden Bedingung gleichzustellen. Vorzugsweise kommen die nicht seltenen Fälle in Betracht, in welchen bestimmt ist, daß die Zuwendung nach dem Tode einer bestimmten Person, insbesondere eines Ehegatten, an die Verwandten des Erblassers fallen soll.

§§ 1772, 1773.

e) Kinder, Abkömmling des Erblassers.

Mit den Fällen, daß der Erblasser Kinder ohne nähere Bestimmung oder einen demnächst weggefallenen Abkömmling bedacht hat, beschäftigt sich eine Mehrzahl der Rechte und Entwürfe, unter sich keineswegs übereinstimmend[2]). Das Bedürfniß, Auslegungsregeln aufzunehmen, ist hiernach nicht zu verkennen.

Die Bezeichnung „Kinder" kann nicht wohl in dem engeren wortgemäßen Sinne zu verstehen sein, daß ausschließlich die unmittelbaren zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung noch vorhandenen Söhne und Töchter gemeint seien, vielmehr wird diese Bezeichnung im Zweifel dahin auszulegen

[1]) Seuffert's Archiv 8 Nr. 150, 10 Nr. 275, 17 Nr. 68 gegen 15 Nr. 38.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 12 §§ 526, 531, II § 443; österr. G. B. §§ 779, 536, Unger § 87 Anm. 5; code civil Art. 1051; sächs. G. B. § 2162; Mommsen §§ 129, 130; hess. Entw. Art. 56 Abs. 1, 2.

sein, daß der Erblasser die Abkömmlinge eines zu der bezeichneten Zeit bereits verstorbenen Kindes (Sohn oder Tochter) oder weiteren Abkömmlinges, welche im Falle der gesetzlichen Erbfolge berufen sein würden, ebenfalls bedenken wollte (§ 1772).

Entsprechend dem Gedanken, welcher dem § 1771 zu Grunde liegt, wird ferner anzunehmen sein, der Erblasser habe die hiernach sich ergebenden Personen in derselben Weise und in demselben Umfange bedenken wollen, wie sie nach den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge Erben geworden sein würden, und er habe gewollt, daß sie denjenigen Theil der Zuwendung erhalten sollen, welchen der Verstorbene, wenn er noch lebte, nach den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge erhalten haben würde.

Steht fest, welcher Abkömmling bedacht werden sollte, ist aber von dem Erblasser nicht berücksichtigt, daß die bedachte Person unter Hinterlassung eigener Abkömmlinge vor ihm versterben werde, während doch anzunehmen ist, der Wille des Erblassers sei dahin gegangen, die eigenen Abkömmlinge sollten an die Stelle des Weggefallenen treten, so soll nach der Auslegungsregel des § 1773 davon ausgegangen werden, diejenigen Abkömmlinge des Bedachten, welche im Falle der gesetzlichen Erbfolge an Stelle desselben berufen sein würden, seien mit der Zuwendung im Wege der Ersatzberufung bedacht. Entsprechend dem § 1772 sollen sie in derselben Weise und in demselben Umfange als bedacht angesehen werden, wie sie nach den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge das von ihrem unmittelbaren Elterntheile oder Vorelterntheile Erworbene erlangt hätten. Ausgedehnt wird diese Annahme dahin, daß eine solche Ersatzberufung auch dann als in dem Willen des Erblassers liegend anzusehen ist, wenn der Bedachte nicht verstorben ist, aber die Einsetzung oder Zuwendung unwirksam ist oder wird. Wird eine Ersatzberufung angenommen, so ist davon auszugehen, diese liege in ihrem vollen Umfange im Willen des Erblassers (vergl. § 1800). Die Ersatzberufung erscheint bei der letztwilligen Verfügung als das Natürlichere und ist insbesondere vor dem Gedanken der Repräsentation[1]) oder der Transmission[2]) zu bevorzugen. Die Vorschrift entspricht der Billigkeit und dem zu vermuthenden Willen des Erblassers, welcher in einem solchen Falle schwerlich ohne Grund auf den Pflichttheil beschränken wollte; sie schneidet Pflichttheilsstreitigkeiten ab.

§ 1774.

f) Abkömmlinge eines Dritten.

Auch für den Fall, daß Abkömmlinge eines Dritten ohne nähere Bestimmung bedacht sind, ist die Aufnahme einer Auslegungsregel zweckmäßig.

Wäre eine Vorschrift nicht aufgenommen, so würden mindestens sehr erhebliche Zweifel entstehen. Würde angenommen, alle noch zu erwartenden Abkömmlinge seien ebenfalls als bedacht anzusehen, so würde einstweilen ungewiß bleiben, ob die zur Zeit des Erbfalles vorhandenen Abkömmlinge die ganze Zuwendung zu behalten oder zum Theil als Vorerben an später zur

---

[1]) Preuß. A. L. R. II, 2 § 443; code civil Art. 1051; österr. G. B. § 779.

[2]) Vergl. Unger § 87 Anm. 5.

Existenz gelangende Personen herauszugeben haben. Bedenkt der Erblasser Abkömmlinge eines Anderen als der eigenen Abkömmlinge, so streitet eine dringende Vermuthung dagegen, daß er für Personen sorgen wollte, welche erst nach seinem Tode empfangen werden, und daß in Folge dessen die Zuwendung an die zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles vorhandenen Personen mit lästigen Beschränkungen als Vorerben belastet werden sollte.

Im geltenden Rechte finden sich noch andere Vorschriften für den Fall, daß zu Gunsten der Kinder eines Dritten verfügt ist[1]). Die Aufnahme solcher weiteren Auslegungsregeln, soweit dieselben nicht schon durch die Auffassung des Entwurfes ausgeschlossen sind, ist nicht rathsam. In vielen Fällen würden dieselben vielleicht ein dem Willen des Erblassers entsprechendes Ergebniß liefern. Bei der Vielgestaltigkeit der zu beachtenden Fälle ist es jedoch bedenklich, die richterliche Beweiswürdigung durch Auslegungsregeln zu beschränken, um so mehr, als die geltenden Rechte und die Entwürfe keineswegs für dieselben Regeln sich entschieden haben.

§ 1775.

a) Klasse von Personen als Bedachte.

Die Auslegungsregel für den Fall, daß der Erblasser ohne nähere Bestimmung eine Klasse von Personen oder solche Personen, welche zu ihm in einem Dienstverhältnisse oder Geschäftsverhältnisse stehen, bedacht hat, schließt sich dem überwiegend geltenden Rechte an[2]). Die Bezeichnung „Klasse" ist im Anschlusse an das sächs. G. B. § 2163 und Mommsen § 131 gewählt worden. Das Wort läßt sich kaum in angemessener Weise verdeutschen.

§ 1776.

b) Arme als Bedachte.

Im sächs. G. B. §§ 2164, 2165 und bei Mommsen § 132 finden sich Auslegungsregeln über die Zuwendung zu Gunsten der Armen oder der Kirche oder zu einem wohlthätigen oder sonstigen Zwecke. Der hess. Entw. Art. 57 gedenkt nur der Zuwendung an die Armen, ohne nähere Bezeichnung derselben.

Die Verfügung des Erblassers zu Gunsten der Armen kann nicht wohl in dem Sinne verstanden werden, daß sämmtliche Arme als Einzelne bedacht sein sollen, ganz abgesehen von der schwierigen Feststellung, welche Personen „Arme" sind. Solche Verfügungen kommen aber häufig vor. Eine Auslegungsregel erscheint daher angemessen und den praktischen Bedürfnissen entsprechend. Dagegen ist, abweichend von dem sächs. G. B § 2164 und dem hess. Entw., eine Vorschrift darüber, ob die Armenkasse eines bestimmten Ortes gemeint sei, nicht rathsam. Diese Frage muß im Wege der gewöhnlichen Auslegung

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 12 §§ 527—531; sächs. G. B. § 2162 Satz 2; österr. G. B. § 681, Unger § 57 Anm. 6 und § 5 Anm. 1; Mommsen § 129 Abs. 1 Satz 2; hess. Entw. Art. 56 Abs. 3.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 546—548; sächs. G. B. § 2163; österr. G. B. § 683, Unger § 57 Anm. 7; Dernburg § 120 Anm. 9, Eccius § 254 Anm. 24; Mommsen § 131; hess. Entw. Art. 58.

gelöst werden. Jede Entscheidung in der angegebenen Richtung läßt sich als eine willkürliche bezeichnen und kann zu unangemessenen Ergebnissen führen. Insbesondere erhellt, wie unzutreffend die Entscheidung sein kann, es solle allein der letzte Wohnsitz des Erblassers in Betracht kommen, wenn der Fall berücksichtigt wird, daß der Erblasser kurze Zeit vor seinem Tode den Wohnsitz gewechselt hat und es sich vielleicht um eine an dem Orte des früheren langjährigen Wohnsitzes errichtete Verfügung handelt.

Kirche als Bedachte.

Dieser letztere Gesichtspunkt spricht auch dagegen, mit dem sächs. G. B. § 2165 zu entscheiden, welche etwa bedachte Kirche bei einer Zuwendung an die Kirche gemeint sei, und insbesondere auf die Kirche des letzten Wohnsitzes des Erblassers hinzuweisen, oder gar diese Entscheidung zu verallgemeinern und das Gleiche in Ansehung aller nach einem Gattungsmerkmale bezeichneten juristischen Personen (Gemeinde, Krankenanstalt u. dergl.) vorzuschreiben und, wenn das Merkmal bei mehreren juristischen Personen zutrifft, Zuwendung nach gleichen Bruchtheilen anzunehmen. Es verdient den Vorzug, der richterlichen Auslegung nach den Umständen des Falles nicht vorzugreifen.

Verwendung zu einem gewissen Zwecke.

Ebensowenig wäre es rathsam, Vorschriften für den Fall zu geben, daß nicht einer Person zugewendet ist, sondern eine Verwendung von Erbschaftsgut zu einem gewissen Zwecke angeordnet ist[1]), insbesondere dahin, es sollen, falls Körperschaften oder Stiftungen bestehen, deren Aufgabe in der Verfolgung des bezeichneten Zweckes besteht, diese juristischen Personen als bedacht gelten, es sei denn der Wille ersichtlich, eine selbständige Stiftung zu errichten. Solche Vorschriften sind nicht zweckmäßig; auch läßt sich ihre innere Richtigkeit bezweifeln. Im geltenden Rechte findet sich etwas Aehnliches nicht, wenn man absieht von einer Vorschrift Justinian's zu Gunsten der Armen und Gefangenen, auf welche verwiesen werden könnte.

Weitere Auslegungsregeln.

Der Entwurf hat sich auf die wenigen Auslegungsregeln der §§ 1771 ff. für Fälle, in welchen die Person des Bedachten nicht durch unmittelbare Hinweisung auf eine individuelle Person, sondern durch die Angabe von Merkmalen bezeichnet ist, beschränkt. Ein weiterreichendes praktisches Bedürfniß besteht nicht; es wird auch nur selten eine gleichmäßige Auslegung in einem gewissen Sinne möglich sein, wenn der Erblasser sich in dieser Richtung einer unvollständigen oder undeutlichen Ausdrucksweise bedient hat.

Umschreibung.

Insbesondere erscheint es nicht erforderlich, mit einer größeren Zahl der Rechte Vorschriften darüber aufzunehmen, daß die Person des Bedachten auch durch Umschreibung, z. B. durch Angabe von Eigenschaften derselben oder des Zweckes der Zuwendung, bezeichnet werden kann[2]), und daß eine unrichtige Bezeichnung der Person des Bedachten die Gültigkeit der Anordnung nicht berührt, wenn des Erblassers wirklicher Wille sich ermitteln läßt[3]). Die in

Unrichtige Bezeichnung der Person.

[1]) Vergl. Mommsen's Mot. S. 228.

[2]) Windscheid § 546 Anm. 9; Roth § 309 Anm. 18; sächs. G. B. § 2081; Mommsen § 89 Abs. 2; hess. Entw. Art. 52 Abs. 1.

[3]) Roth § 309 Anm. 19; preuß. A. L. R. I, 12 § 518; sächs. G. B. § 2081; Mommsen § 89 Abs. 2; österr. G. B. § 571 und dazu Unger § 13 Anm. 5; hess. Entw. Art. 52 Abs. 2.

diesen Vorschriften enthaltenen Regeln, insbesondere der Satz „falsa demonstratio non nocet" sind schon aus den §§ 72, 73 zu entnehmen und sind deshalb für das Erbrecht nicht besonders auszusprechen.

§ 1777.

3. Bestimmung des Gegenstandes der Zuwendung durch Andere.

Ist der Zuwendungswille erklärt und die Person des Bedachten bezeichnet, während in Ansehung des Gegenstandes der Zuwendung eine Bestimmung fehlt und zur Ergänzung dieser Lücke auf den Ausspruch einer anderen Person verwiesen ist, so kann durch diese Verweisung auf einen fremden Willen die unvollständige letztwillige Verfügung nicht zu einer vollständigen werden (Satz 1). Dies ergiebt sich als eine Folge des § 1770. Die Bestimmung des Gegenstandes der Zuwendung ist nicht minder wichtig, als die Bestimmung der Person des Bedachten. Die zum § 1770 geltend gemachten Gründe treffen auch hier zu. Der Entwurf spricht nicht von der Willkür oder dem Gutdünken des Dritten oder des Beschwerten, um nicht dem in Rücksicht auf einen Theil des geltenden Rechtes[1]) nahe liegenden Zweifel Raum zu lassen, daß sich die Vorschrift nur auf das reine und unbeschränkte Wollen, nicht aber auf das durch die Rücksichtnahme auf die Umstände geleitete billige Ermessen (vergl. §§ 353, 357) beziehe. Eine solche Unterscheidung würde nicht gerechtfertigt sein, so wenig hier wie im Falle des § 1770. Denn der in der Unvollständigkeit der letztwilligen Verfügung liegende Grund der Vorschrift besteht in beiden Fällen in gleichem Maße, und zwar sowohl wenn die Entscheidung einem Dritten, als wenn sie dem Beschwerten überlassen ist.

Uebertragung der Vertheilung.

Anders gestaltet sich die Sachlage, wenn die Unvollständigkeit der letztwilligen Verfügung nur in der Richtung besteht, daß über die Vertheilung des bezeichneten Gegenstandes unter die bezeichneten Personen als Bedachte nichts bestimmt, diese Vertheilung vielmehr einem Anderen übertragen ist. Eine so beschränkte Unvollständigkeit kann bei der Erbeinsetzung ebensowohl wie bei der Vermächtnißzuwendung vorkommen.

In dieser Beziehung zu unterscheiden (vergl. hess. Entw. Art. 52; Mommsen § 93) und verschieden zu bestimmen, je nachdem es sich um eine Erbeinsetzung oder ein Vermächtniß handelt, ist nicht erforderlich. In einem solchen Falle, ebenso wie im Falle des § 1770, auf die Vorschrift des § 1769 Abs. 2 zurückzugreifen, scheint um so mehr nahe zu liegen, als mitunter die Frage, was der einzelne der mehreren Bedachten von dem Gegenstande der Zuwendung erhalten soll, bei genauerer Prüfung sich als die Frage herausstellen kann, wer von den mehreren Bedachten den Gegenstand der Zuwendung erhalten soll. Allein der Entwurf entscheidet hier, in Uebereinstimmung mit den Vorschriften über die theilweise Unmöglichkeit, dahin, daß nur die fehlerhafte Anordnung des Erblassers in Ansehung der Vertheilung wegfallen und durch die alsdann Platz greifende Regel der Gleichtheilung ersetzt werden soll (Satz 2).

[1]) Windscheid § 633 Anm. 15b, 19 mit § 547 Anm. 3; Roth § 309 Anm. 58; Dernburg § 119 Anm. 15; Unger § 60 u. A.

Selbst im Zweifelsfalle, insbesondere auch dann, wenn die Bestimmung des Bruchtheilverhältnisses einer anderen Person überlassen wurde, ist es richtiger, die zu beseitigende Ungewißheit nicht auf die Bestimmung der Person des Bedachten, sondern auf die Bestimmung des Gegenstandes der Zuwendung zu beziehen. Für den Fall der Erbeinsetzung stimmt die getroffene Entscheidung mit der des § 1769 Abs. 1 überein. Für den Vermächtnißfall ist die Entscheidung freilich eine abweichende, aber für den vorliegenden Fall doch wohl angemessenere und dem anzunehmenden Willen des Erblassers mehr entsprechende, als die im § 1769 Abs. 2 bestimmte Gesammtgläubigerschaft der Bedachten ohne Theilungspflicht. Im Falle des § 1769 Abs. 2 ist die letztere Entscheidung nur deshalb angezeigt, weil die disjunktive Ausdrucksweise des Erblassers (entweder — oder) mehr auf eine solche hinweist. Von diesen Gesichtspunkten aus erscheint es auch nicht zulässig, die Vorschrift mit der des § 1770 zu verbinden.

Nur für den Fall, daß eine Unvollständigkeit oder Mangelhaftigkeit der letztwilligen Verfügung vorliegt, ist eine Entscheidung erforderlich. Beides trifft bei dem Wahl- oder Gattungsvermächtnisse nicht zu. Deshalb und, um Mißverständnissen vorzubeugen, ist ein Vorbehalt, daß die Vorschriften über die bezeichneten Vermächtisse unberührt bleiben, beigefügt (Satz 3).

Klassenlegat.

Besondere Vorschriften für den Fall des Klassenlegates (§ 1775) sind hier nicht erforderlich. Zwar läßt sich geltend machen, der Erblasser könne in einem solchen Falle mitunter die Vertheilung deshalb nicht wohl selbst bestimmen, weil die in seinen letzten Lebenstagen geleisteten Dienste maßgebend sein sollen. Auf dieser Auffassung beruhen vielleicht die Vorschriften einiger neueren Rechte (vergl. z. B. sächs. G. B. § 2400; österr. G. B. § 651; Mommsen § 350). Allein derartige Anordnungen werden meist als Auflagen zu beurtheilen sein, so daß diejenigen, deren Vortheil bezielt wird, ein unmittelbares eigenes Recht nicht erhalten sollen. Dann müssen die Vorschriften über die Erzwingung derartiger Auflagen (vergl. § 1888) maßgebend sein. Ist es aber im einzelnen Falle klar, daß nicht eine Auflage, sondern ein wirkliches Vermächtniß an die einzelnen zu der Klasse gehörenden Personen gewollt war, so hat die Beurtheilung nach Maßgabe der §§ 1769, 1770, 1777 zu erfolgen, wobei zu beachten ist, daß sowohl eine Ungewißheit über die Person des Bedachten als eine solche über den Gegenstand der Zuwendung vorliegen kann. Daß auf diesem Wege angemessene Ergebnisse nicht zu finden seien, ist mindestens nicht nachweisbar. Sollten diese Fälle von geringer praktischer Bedeutung eingehender geregelt werden, so wäre eine größere Zahl von Vorschriften erforderlich, insbesondere auch, wie die Sachlage sich gestaltet, falls der Beschwerte oder der Dritte die Entscheidung nicht trifft oder verzögert, auf welchem Wege Fristen zu setzen sind, u. s. w. (vergl. zum § 1770 S. 35).

Verwendung nach dem bekannten Willen des Erblassers.

Eine Vorschrift dahin aufzunehmen (hess. Entw. Art. 51 Abs. 3), daß der Erblasser bestimmen könne, der Bedachte solle das ihm Hinterlassene dem ihm bekannten Willen des Erblassers gemäß verwenden, ist nicht erforderlich, wenn sich auch dafür geltend machen läßt, es werde häufig die Angabe der Verwendungsbestimmung, ohne Familiengeheimnisse preiszugeben, nicht thunlich sein. Eine solche Zuwendung wird sich nur als mit einer Auflage verbunden

ansehen lassen. Ueber die Frage, welche sich erheben kann, ob wegen Unbestimmtheit der Auflage die ganze Verfügung oder lediglich die Auflage wegzufallen hat, entscheiden die §§ 1886 ff. Das geltende Recht entscheidet diese Frage gleichfalls nicht.

Angabe von Merkmalen u. s. w.

Ebensowenig kann ein Bedürfniß anerkannt werden, für den Fall, daß der Gegenstand der Zuwendung nicht ausdrücklich benannt, vielmehr durch Angabe von Merkmalen oder Eigenschaften bezeichnet ist, eine Vorschrift aufzunehmen. In dieser Hinsicht gilt das in Ansehung einer solchen Bezeichnung der Person des Bedachten (S. 40) Bemerkte.

§ 1778.

4. Allgemeine Auslegungsregel.

Die Aufnahme der in ihrem Grundgedanken allen geltenden Rechten[1]) entsprechenden Auslegungsregel, daß, wenn verschiedene Auslegungen nach dem Inhalte der Verfügung möglich sind, diejenige Auslegung vorzuziehen ist, bei welcher die letztwillige Verfügung Erfolg haben kann, erscheint zweckmäßig, wenngleich die Regel neben dem § 73 nicht unbedingt nothwendig ist. Entscheidet die aufgestellte Vorschrift, so ergiebt sich von selbst, daß die Anordnung im Zweifel zu Gunsten des Bedachten auszulegen ist, weil der Wille des Erblassers auf eine Freigebigkeit gerichtet war, daß aber andererseits dem Bedachten nichts zugebilligt werden kann, soweit es an jeder Erklärung in der Verfügung fehlt, und daß noch weniger gemeint ist — wofür einige Vorschriften des röm. Rechtes zu sprechen scheinen (vergl. l. 17 D. de R. J., l. 14 § 1, l. 32 § 1, l. 39 § 6 D. de leg. I) —, in der Regel solle der Erbe gegenüber dem Bedachten vorzugsweise berücksichtigt werden. Die Vorschrift ist hier aufgenommen, weil sie für das Erbrecht eine besonders praktische Bedeutung hat. Damit ist nicht ausgesprochen, daß deren Anwendbarkeit auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden zu verneinen sei. Ihre Aufnahme macht eine Vorschrift, daß die rechtliche Natur einer letztwilligen Verfügung nach dem erkennbaren Willen des Erblassers zu beurtheilen sei, welche gleichfalls bereits dem § 73 zu entnehmen ist, um so mehr entbehrlich.

Weitere Auslegungsregeln.

Das geltende Recht enthält eine nicht unbeträchtliche Zahl weiterer Auslegungsregeln[2]), insbesondere in Ansehung des Gegenstandes der Zuwendung. Der Entwurf hat sich weiterer Vorschriften in dieser Richtung enthalten. Eine besondere Erwähnung verdienen nur folgende:

Unrichtigkeiten ꝛc. im Ausdrucke.

I. Vorschriften über Unrichtigkeiten und Ungenauigkeiten des Ausdruckes. Würde mit Mommsen § 125 ausgesprochen, daß die Berichtigung durch Auslegung zulässig sei, daß aber nichts zur Geltung gebracht werden könne, was ganz außerhalb der Verfügung liege, und daß auch formlose Erklärungen des

[1]) Windscheid § 546 Anm. 1, 2, § 633 Anm. 7; Roth § 300 Anm. 118; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 519 ff., 556; sächs. G. B. §§ 2155—2159; code civil Art. 1156, 1157; Unger §§ 13, 57; Mommsen §§ 125 ff.; heff. Entw. Art. 54.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 519 ff. mit §§ 408, 427, Dernburg § 122, Eccius § 254; österr. G. B. § 666, Unger §§ 67, 71, 72; sächs. G. B. §§ 2155 ff., 2478; Mommsen §§ 125 ff., 423, 425, u. A.

Erblassers bei der Auslegung zu berücksichtigen seien, mögen diese vor oder nach Errichtung der Verfügung abgegeben sein (sächs. G. B. § 2157), so würde eine praktisch sehr wichtige Frage entschieden, ob nämlich die Auslegung bei dem objektiven Sinne der Erklärung, welchen diese nach der gewöhnlichen Bedeutung der Worte hat, stehen zu bleiben habe, oder ob eine ergänzende Auslegung in der Weise zulässig sei, daß, wenn in Ansehung eines nothwendigen Punktes eine unmittelbare Willenskundgebung fehlt oder der Willensausdruck ein verfehlter ist, der Willensinhalt aus der Erklärung im Ganzen und aus allen, auch außerhalb der Erklärung liegenden, aber für den Willen des Erklärenden schlüssigen Thatsachen vervollständigt werden und der so vervollständigte Willensinhalt zur Geltung gebracht werden darf, endlich, ob in Ansehung der formalisirten Willenserklärungen die Benutzung des außerhalb der Erklärung liegenden Auslegungsmateriales ausgeschlossen ist. Zu diesen Fragen hat indessen der Entwurf bereits Stellung genommen. Die mildere Auffassung ergiebt sich aus dem § 73 mit genügender Klarheit (Motive zum Allg. Th. S. 155). Die Aufnahme einer Vorschrift dieses Inhaltes in das Erbrecht würde das Mißverständniß nahe legen, für die Auslegung der letztwilligen Verfügung werde etwas Besonderes bestimmt. Eine zutreffende Vorschrift über die Grenze der Auslegungsfreiheit läßt sich nicht geben. Der Begriff der Auslegung enthält insofern die Grenze, als die Auslegung einen erklärten Willen voraussetzt.

Mit einander nicht zu vereinigende Verfügungen.

II. Eine Vorschrift für den Fall, daß in derselben letztwilligen Verfügung mehrere Verfügungen enthalten sind, welche sich mit einander nicht vereinigen lassen, und zwar dahin, daß alsdann diese sämmtlich wegfallen, soweit sie sich widersprechen. Eine solche sich vorzugsweise gegen die Bevorzugung des zuletzt Erklärten wendende Vorschrift mag in den meisten Fällen zu einem richtigen Ergebnisse führen. Dennoch erscheint es gerathen, die richterliche Würdigung des einzelnen Falles nicht durch eine Vorschrift zu beengen. Unter Umständen ist die Reihenfolge der Erklärungen von erheblicher Bedeutung.

Ergänzung nach den Vorschriften über gesetzliche Erbfolge.

III. Eine Vorschrift dahin, daß, soweit die gesetzliche Erbfolge durch die letztwillige Verfügung nicht aufgehoben wird, die in der letztwilligen Verfügung etwa fehlende Bestimmung nach den für die gesetzliche Erbfolge geltenden Vorschriften zu ergänzen sei[1]). Eine solche Vorschrift wäre nicht rathsam. Vorausgesetzt wird, daß die gesetzliche Erbfolge durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen ist. In einem solchen Falle besteht nun zwar eine gewisse Analogie zwischen der rechtsgeschäftlichen und der gesetzlichen Regelung der Erbfolge. Diese Analogie zur Beseitigung von Lücken der letztwilligen Verfügung zu benutzen, erscheint naheliegend, sodaß z. B., wenn Geschwisterkinder ohne Bezeichnung der einzelnen Personen lediglich durch Hinweisung auf das in dieser Art der Verwandtschaft liegende Merkmal bedacht sind, Theilung nach Stämmen und nicht nach Köpfen eintritt. Allein eine solche Auslegung kann nicht als Prinzip aufgestellt werden, da sie dadurch einen positivrechtlichen

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 521, Ges. Rev. v. 1835 § 476, Dernburg § 122, Eccius § 254 S. 481.

Karakter annehmen würde. Nach den Umständen des einzelnen Falles kann diese Auslegung berechtigt sein. Dann wird sie auch ohne besondere Vorschrift sich Geltung verschaffen, zumal das Prinzip für die besonders praktischen und häufigen Fälle der §§ 1771—1773 im Entwurfe Ausdruck gefunden hat.

§ 1779.

5. Willensdogma.

Im ersten Buche sind über die Willensmängel in den §§ 95 ff. Vorschriften gegeben (Motive zum Allg. Th. S. 189 ff.).

Darüber, daß das Willensdogma, von welchem prinzipiell auch bei den Vorschriften des Allgemeinen Theiles ausgegangen ist, in Ansehung der letztwilligen Verfügungen strenger durchzuführen ist, kann kein Zweifel bestehen. Im Erbrechte muß der Ausgangspunkt sein, daß der Wille des Erblassers zur Geltung zu bringen ist und daß grundsätzlich eine letztwillige Verfügung nur gültig sein kann, wenn der wirkliche Wille mit dem erklärten Willen übereinstimmt.

Die Vorschriften des § 95 auf die letztwilligen Verfügungen zu übertragen, fehlt es, abgesehen davon, daß bei diesen Fälle der sog. Mentalreservation oder des sog. schlechten Scherzes selten vorkommen, an ausreichenden Gründen. Dem Gesichtspunkte, daß eine Berufung auf Arglist nicht zu gestatten sei und deshalb der Urheber der Willenserklärung (zur Strafe) an seiner Erklärung festgehalten werden müsse (Motive zum Allg. Th. S. 191), kann für letztwillige Verfügungen eine Berechtigung nicht zugestanden werden. Denn hier würde nicht der Erblasser der leidende Theil sein, sondern derjenige, welcher nach dem wahren Willen des Erblassers die Erbschaft oder den in Frage stehenden Theil derselben erhalten sollte, also in der Regel die gesetzlichen Erben und, soweit es sich um Vermächtnisse handelt, der eingesetzte Erbe. Wenn aber die so Benachtheiligten die Mentalreservation oder den bösen Scherz geltend machen, so berufen sie sich nicht auf Lüge und Arglist, verlangen vielmehr Schutz gegen Lüge und Arglist, die gesetzlichen Erben noch dazu auf Grund eigenen Rechtes. Würde ihnen dieser Schutz versagt, so würde das Vermögen des Erblassers in die Hände von Personen gelangen, welchen es nicht zukommen sollte, vielleicht sogar von Personen, die sich mit dem Erblasser verbunden hatten, um unlautere Zwecke zu erreichen. In diesem Falle würde ein der Simulation analoges Vorgehen rechtlichen Erfolg erlangen, entgegen der für die Simulation im § 96 gegebenen Vorschrift; dies wäre um so bedenklicher, als die im § 95 vorgesehene Ausnahme nicht Platz greifen kann, denn jene Personen sind nicht Empfänger der Willenserklärung (vergl. § 74).

Der § 96 muß hier Anwendung finden. Inwieweit bei letztwilligen Verfügungen eine Simulation vorkommen kann, mag dahingestellt bleiben.

Der erste Absatz des § 97, nach welchem eine Willenserklärung nichtig ist, wenn der Urheber, welcher des Mangels der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen sich bewußt war, zu täuschen nicht beabsichtigt, entspricht dem vorerwähnten Hauptgrundsatze. Seine Anwendbarkeit auf letztwillige Verfügungen kann nicht zweifelhaft sein.

Die Vorschriften des § 97 Abs. 2—4 können für die letztwilligen Verfügungen nicht anwendbar sein; die der Abs. 3, 4 schon deshalb nicht, weil sie auf Willenserklärungen sich beziehen, denen ein Empfänger gegenübersteht, während ein solcher bei letztwilligen Verfügungen nicht vorhanden ist (vergl. § 74). Gegen die Anwendung des § 97 Abs. 2 sprechen die Gründe, welche in Ansehung des § 95 vorstehend angeführt sind. Die Gründe, auf welchen diese Vorschrift beruht (Motive zum Allg. Th. S. 194—196), insbesondere die Rücksicht auf den Verkehr, auf die bona fides, culpa in contrahendo, Diligenzpflicht, Täuschung des Vertrauens u. s. w., treffen bei letztwilligen Verfügungen nicht zu. Wollte der Bedachte eine solche Zuwendung, deren förmliche Zurücknahme dem Erblasser immer zustand, zur Geltung bringen, so offenbarte sich darin eine Gesinnung, welche Schutz durch das Gesetz nicht verdient.

Ob der § 98, welcher den unbewußten Willensmangel in Folge eines Irrthumes betrifft, in Ansehung der letztwilligen Verfügungen für anwendbar zu erklären sei, kann zweifelhaft erscheinen. Soweit indessen der § 98 eine Abschwächung des Willensdogmas enthält, ist diese Abschwächung jedenfalls nur eine geringe; es würde daher nicht angemessen sein, im fünften Buche davon abweichende Vorschriften zu geben und damit das Gesetz zu kompliziren. Der Frage, wann anzunehmen ist, die Willenserklärung würde nicht abgegeben sein, kann für das Gebiet des Erbrechtes Bedeutung nicht abgesprochen werden. Ebenso würde die Verneinung des Unterschiedes zwischen wesentlichem und unwesentlichem Irrthume für letztwillige Verfügungen zu weit gehen. Ein Rechtsgeschäft anderer Art liegt selbstverständlich nicht vor, wenn der Erblasser sich nur im Ausdrucke vergriffen hat, indem er z. B. für die Erbeinsetzung die Bezeichnung „Vermächtniß“ oder umgekehrt für „Vermächtniß“ die Bezeichnung „Erbeinsetzung“ gebraucht hat, da der gegentheilige Wille des Erblassers unverkennbar ist (vergl. § 1788 Abs. 1, 2). Dagegen liegt offenbar ein anderes Rechtsgeschäft vor, wenn z. B. der Erblasser eine Person, anstatt sie, wie er beabsichtigte, zum Vormunde zu ernennen, zum Erben eingesetzt hat.

Die im § 99 angeschlossenen Ausnahmen von der Regel des § 98 würden für letztwillige Verfügungen so wenig gerechtfertigt sein, wie die Vorschriften des § 97 Abs. 2—4, denen sie nachgebildet sind.

Die Fassung des § 1779 bringt dies zum Ausdrucke, indem sie nur diejenigen Vorschriften des Allgemeinen Theiles erwähnt, welche nicht Anwendung leiden; sie läßt zugleich erkennen, daß die von der Anwendung ausgeschlossenen Vorschriften in Ansehung der übrigen erbrechtlichen einseitigen Willenserklärungen, soweit nicht das Vorhandensein eines Empfängers von den Vorschriften ausdrücklich vorausgesetzt wird, anzuwenden sind.

Das gemeine Recht dürfte im Wesentlichen auf demselben Boden stehen[1]). Die neueren Gesetzgebungen beschäftigen sich zumeist nur mit dem Irrthume.

---

[1]) Windscheid § 546 Nr. 4, § 633 Nr. 4; Roth § 300 II, 1; vergl. ferner österr. G. B. § 570, Unger § 13 Anm. 5; sächs. G. B. § 2080; Mommsen § 90; hess. Entw. Art. 50.

Soweit der Irrthum im Beweggrunde in Betracht kommt, wird davon noch zu den §§ 1781 ff. die Rede sein.

§§ 1780—1887.

IV. Willensbestimmung.

Die Vorschriften, welche die Anfechtung letztwilliger Verfügungen betreffen, beziehen sich auch auf den Widerruf einer letztwilligen Verfügung, welcher in dieser Hinsicht selbst als letztwillige Verfügung zu gelten hat. Dies ergiebt sich aus den §§ 1933 ff. zur Genüge.

§ 1780.

1. Anfechtung wegen Drohung oder Betruges.

Eine letztwillige Verfügung soll angefochten werden können, wenn der Erblasser zu derselben widerrechtlich durch Drohung oder Betrug bestimmt worden ist; vergl. § 103, an welchen sich die Vorschrift anschließt.

Das geltende Recht steht zum Theil auf anderem Boden, indem es in den in Rede stehenden Fällen Nichtigkeit der Erklärung annimmt. Selbst für das gemeine Recht wird vielfach diese Ansicht vertreten, wenn sie nicht geradezu als die herrschende bezeichnet werden kann[1]). In Ansehung des preuß. A. L. R. vergl. Entsch. d. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 945 ff.

Der Entwurf entscheidet, abgesehen von den Fällen körperlicher Ueberwältigung, in welchen eine Willenserklärung gar nicht vorliegt, für die Anfechtbarkeit. Ueber die Wirkung der Anfechtung vergl. zum § 1784.

Für diese Entscheidung sprechen vor Allem praktische Erwägungen. Was in der Theorie gegen die Anfechtbarkeit und für die Nichtigkeit geltend gemacht wird (vergl. z. B. Schliemann, Zwang § 18, Siebenhaar zum sächs. G. B. §§ 2078, 2079), sind zumeist Erwägungen de lege lata. Es wäre gewiß hart und unzweckmäßig, die Heilbarkeit des Mangels in solchen Fällen auszuschließen, wie es bei Annahme der Nichtigkeit geschehen müßte (vergl. § 109). Andererseits können die Motive, durch welche der Erblasser sich in seinem Willen beeinflussen ließ, nur als subjektive Momente in Betracht kommen. Die objektiven Verhältnisse des Verkehres verlangen aber auch auf dem Gebiete des Erbrechtes Schutz gegen nicht erkennbare Mängel. Ein solcher Schutz würde mit Annahme der Nichtigkeitstheorie grundsätzlich versagt. Durch Bestimmung der Anfechtbarkeit wird nicht ausgeschlossen, dem Mangel sachliche Wirkung sowohl unter den Erbbetheiligten als gegenüber solchen Dritten, welche um die Sachlage gewußt haben, beizulegen. Endlich spricht für die Anfechtungstheorie der Umstand, daß durch deren Annahme das Gesetz wesentlich vereinfacht wird.

---

[1]) Vergl. Windscheid § 548 Anm. 2, § 633 Anm. 22; Roth § 300 Anm. 71 ff.; Brinz § 372 bei Anm. 56 ff., § 377 Anm. 5; Unger § 13 Anm. 2, 3; sächs. G. B. §§ 2078, 2079; — für die Anfechtung Mommsen §§ 86, 87; hess. Entw. Art. 47, 48, 53. Wegen des preuß. A. L. R. I, 12 §§ 23—25 vergl. noch Dernburg § 127 Nr. 2, Eccius § 246.

gelöst werden. Jede Entscheidung in der angegebenen Richtung läßt sich als eine willkürliche bezeichnen und kann zu unangemessenen Ergebnissen führen. Insbesondere erhellt, wie unzutreffend die Entscheidung sein kann, es solle allein der letzte Wohnsitz des Erblassers in Betracht kommen, wenn der Fall berücksichtigt wird, daß der Erblasser kurze Zeit vor seinem Tode den Wohnsitz gewechselt hat und es sich vielleicht um eine an dem Orte des früheren langjährigen Wohnsitzes errichtete Verfügung handelt.

Kirche als Bedachte.

Dieser letztere Gesichtspunkt spricht auch dagegen, mit dem sächs. G. B. § 2165 zu entscheiden, welche etwa bedachte Kirche bei einer Zuwendung an die Kirche gemeint sei, und insbesondere auf die Kirche des letzten Wohnsitzes des Erblassers hinzuweisen, oder gar diese Entscheidung zu verallgemeinern und das Gleiche in Ansehung aller nach einem Gattungsmerkmale bezeichneten juristischen Personen (Gemeinde, Krankenanstalt u. dergl.) vorzuschreiben und, wenn das Merkmal bei mehreren juristischen Personen zutrifft, Zuwendung nach gleichen Bruchtheilen anzunehmen. Es verdient den Vorzug, der richterlichen Auslegung nach den Umständen des Falles nicht vorzugreifen.

Verwendung zu einem gewissen Zwecke.

Ebensowenig wäre es rathsam, Vorschriften für den Fall zu geben, daß nicht einer Person zugewendet ist, sondern eine Verwendung von Erbschaftsgut zu einem gewissen Zwecke angeordnet ist[1]), insbesondere dahin, es sollen, falls Körperschaften oder Stiftungen bestehen, deren Aufgabe in der Verfolgung des bezeichneten Zweckes besteht, diese juristischen Personen als bedacht gelten, es sei denn der Wille ersichtlich, eine selbständige Stiftung zu errichten. Solche Vorschriften sind nicht zweckmäßig; auch läßt sich ihre innere Richtigkeit bezweifeln. Im geltenden Rechte findet sich etwas Aehnliches nicht, wenn man absieht von einer Vorschrift Justinian's zu Gunsten der Armen und Gefangenen, auf welche verwiesen werden könnte.

Weitere Auslegungsregeln.

Der Entwurf hat sich auf die wenigen Auslegungsregeln der §§ 1771 ff. für Fälle, in welchen die Person des Bedachten nicht durch unmittelbare Hinweisung auf eine individuelle Person, sondern durch die Angabe von Merkmalen bezeichnet ist, beschränkt. Ein weiterreichendes praktisches Bedürfniß besteht nicht; es wird auch nur selten eine gleichmäßige Auslegung in einem gewissen Sinne möglich sein, wenn der Erblasser sich in dieser Richtung einer unvollständigen oder undeutlichen Ausdrucksweise bedient hat.

Umschreibung.

Insbesondere erscheint es nicht erforderlich, mit einer größeren Zahl der Rechte Vorschriften darüber aufzunehmen, daß die Person des Bedachten auch durch Umschreibung, z. B. durch Angabe von Eigenschaften derselben oder des Zweckes der Zuwendung, bezeichnet werden kann[2]), und daß eine unrichtige Bezeichnung der Person des Bedachten die Gültigkeit der Anordnung nicht berührt, wenn des Erblassers wirklicher Wille sich ermitteln läßt[3]). Die in

Unrichtige Bezeichnung der Person.

[1]) Vergl. Mommsen's Mot. S. 228.

[2]) Windscheid § 546 Anm. 9; Roth § 309 Anm. 18; sächs. G. B. § 2081; Mommsen § 89 Abs. 2; hess. Entw. Art. 52 Abs. 1.

[3]) Roth § 309 Anm. 19; preuß. A. L. R. I, 12 § 518; sächs. G. B. § 2081; Mommsen § 89 Abs. 2; österr. G. B. § 571 und dazu Unger § 13 Anm. 5; hess. Entw. Art. 52 Abs. 2.

diesen Vorschriften enthaltenen Regeln, insbesondere der Satz „falsa demonstratio non nocet“ sind schon aus den §§ 72, 73 zu entnehmen und sind deshalb für das Erbrecht nicht besonders auszusprechen.

§ 1777.

3. Bestimmung des Gegenstandes der Zuwendung durch Andere.

Ist der Zuwendungswille erklärt und die Person des Bedachten bezeichnet, während in Ansehung des Gegenstandes der Zuwendung eine Bestimmung fehlt und zur Ergänzung dieser Lücke auf den Ausspruch einer anderen Person verwiesen ist, so kann durch diese Verweisung auf einen fremden Willen die unvollständige letztwillige Verfügung nicht zu einer vollständigen werden (Satz 1). Dies ergiebt sich als eine Folge des § 1770. Die Bestimmung des Gegenstandes der Zuwendung ist nicht minder wichtig, als die Bestimmung der Person des Bedachten. Die zum § 1770 geltend gemachten Gründe treffen auch hier zu. Der Entwurf spricht nicht von der Willkür oder dem Gutdünken des Dritten oder des Beschwerten, um nicht dem in Rücksicht auf einen Theil des geltenden Rechtes[1]) nahe liegenden Zweifel Raum zu lassen, daß sich die Vorschrift nur auf das reine und unbeschränkte Wollen, nicht aber auf das durch die Rücksichtnahme auf die Umstände geleitete billige Ermessen (vergl. §§ 353, 357) beziehe. Eine solche Unterscheidung würde nicht gerechtfertigt sein, so wenig hier wie im Falle des § 1770. Denn der in der Unvollständigkeit der letztwilligen Verfügung liegende Grund der Vorschrift besteht in beiden Fällen in gleichem Maße, und zwar sowohl wenn die Entscheidung einem Dritten, als wenn sie dem Beschwerten überlassen ist.

Uebertragung der Vertheilung.

Anders gestaltet sich die Sachlage, wenn die Unvollständigkeit der letztwilligen Verfügung nur in der Richtung besteht, daß über die Vertheilung des bezeichneten Gegenstandes unter die bezeichneten Personen als Bedachte nichts bestimmt, diese Vertheilung vielmehr einem Anderen übertragen ist. Eine so beschränkte Unvollständigkeit kann bei der Erbeinsetzung ebensowohl wie bei der Vermächtnißzuwendung vorkommen.

In dieser Beziehung zu unterscheiden (vergl. hess. Entw. Art. 52; Mommsen § 93) und verschieden zu bestimmen, je nachdem es sich um eine Erbeinsetzung oder ein Vermächtniß handelt, ist nicht erforderlich. In einem solchen Falle, ebenso wie im Falle des § 1770, auf die Vorschrift des § 1769 Abs. 2 zurückzugreifen, scheint um so mehr nahe zu liegen, als mitunter die Frage, was der einzelne der mehreren Bedachten von dem Gegenstande der Zuwendung erhalten soll, bei genauerer Prüfung sich als die Frage herausstellen kann, wer von den mehreren Bedachten den Gegenstand der Zuwendung erhalten soll. Allein der Entwurf entscheidet hier, in Uebereinstimmung mit den Vorschriften über die theilweise Unmöglichkeit, dahin, daß nur die fehlerhafte Anordnung des Erblassers in Ansehung der Vertheilung wegfallen und durch die alsdann Platz greifende Regel der Gleichtheilung ersetzt werden soll (Satz 2).

[1]) Windscheid § 633 Anm. 15b, 19 mit § 547 Anm. 3; Roth § 309 Anm. 58; Dernburg § 119 Anm. 15; Unger § 60 u. A.

Der Entwurf hat, abweichend von der Mehrzahl der geltenden Rechte[1]), den Nachweis des ursächlichen Zusammenhanges zwischen der unrichtigen Vorstellung des Erblassers und dem Inhalte der letztwilligen Verfügung nicht schlechthin zugelassen. Eine solche Vorschrift würde in überaus zahlreichen Fällen dazu führen, daß die Gültigkeit letztwilliger Verfügungen mit einiger Aussicht auf Erfolg bestritten werden könnte. Denn es wird in vielen Fällen zweifelhaft sein oder sich doch darüber streiten lassen, ob der Erblasser unter unrichtigen Anschauungen stand und ob diese Anschauungen nicht auf den Inhalt der Verfügung von Einfluß gewesen sind. Deshalb ist hinzugefügt, daß die auf unzutreffenden Vorstellungen beruhende Willensbegründung aus dem Inhalte der Verfügung selbst sich ergeben muß, mögen die Gründe der Willensbestimmung aus dem Inhalte der Verfügung erhellen, oder mag der Erblasser selbst Erklärungen über die für ihn maßgebenden Gründe gegeben haben. Diese Einschränkung bezieht sich auch auf die den Erblasser beherrschenden unrichtigen Vorstellungen über vergangene oder gegenwärtige Thatsachen.

In Ansehung der letzteren liegt der Einwand nahe, der Erblasser, welcher zwar in einem Irrthume befangen ist, aber an der Richtigkeit seiner Vorstellungen nicht zweifelt, habe gar keinen Anlaß, die Gründe seiner Verfügung anzugeben und sie dadurch der Kritik auszusetzen (vergl. Mommsen, Mot. S. 199). Allein dieser Einwand kann nicht als berechtigt anerkannt werden, weil durch die Vorschrift eine Ausnahme gemacht wird von der Regel, daß auf die Motive des erklärten und durch die That der Erklärung zu einem selbständigen von der Begründung losgelösten Dasein gebrachten Willens nichts ankommt und weil aus Gründen praktischer Zweckmäßigkeit eine solche Ausnahme nur zugelassen werden kann, wenn die unrichtige Begründung des Willens aus der Erklärung des Willens sich ergiebt.

Eine gleiche Beschränkung in Ansehung des durch Betrug erzeugten Irrthumes (§ 1780) eintreten zu lassen, wäre nicht nur ohne Vorgang im geltenden Rechte, sondern auch offenbar unbillig. Dies könnte dahin führen, daß der Betrüger seinen Zweck erreicht, wenn er nur den Erblasser zu bewegen vermag, in der letztwilligen Verfügung jede Andeutung über den Beweggrund zu einer solchen Verfügung zu unterlassen.

Den Fall besonders vorzusehen, daß der Erblasser voraussetzte, er werde bald in eine Krankheit fallen oder bald sterben (Mommsen § 187 Abs. 2), ist nicht erforderlich. Es kann nicht bezweifelt werden, daß kaum jemals eine Voraussetzung dieser Art zu den durch den § 1781 betroffenen Voraussetzungen gehören wird.

§ 1782.

3. Uebergehung eines Pflichttheilsberechtigten u. s. w.

Der § 1782 wendet sich zu einigen Unterfällen des § 1781 in Ansehung der Pflichttheilsberechtigten. Er betrifft eine Reihe von Fällen, von welchen der der Uebergehung als der wichtigste bezeichnet werden kann. Für diesen Fall bestimmt das geltende Recht sehr verschieden und überwiegend anders als der Entwurf. In Betracht kommen insbesondere folgende Fälle:

[1]) Vergl. jedoch für franz. Recht Zachariae § 652; ferner hess. Entw. Art. 48.

Die nachfolgende Geburt eines Pflichttheilsberechtigten, das dem Erblasser unbekannte Dasein eines Pflichttheilsberechtigten, das Fortleben eines solchen, während derselbe als nicht mehr lebend angesehen wurde, die Entstehung von Pflichttheilsrechten — nach der Errichtung der letztwilligen Verfügung — durch Willensakt des Erblassers, wie Annahme an Kindesstatt, Legitimation oder Eingehung einer Ehe.

Geltendes Recht.

Einige Rechte behandeln diese Fälle lediglich aus dem Gesichtspunkte des Notherbenrechtes, so der code civil Art. 1046, 1047 und der hess. Entw. Art. 48, 120—126, vergl. das. Obl. R. (IV, 2) Art. 543. Das gemeine Recht läßt im Falle der nachfolgenden Geburt eines Notherben das Testament nichtig werden, so jedoch, daß dasselbe wieder auflebt, wenn der später Geborene wieder wegfällt[1]), während die irrige (also nicht pflichtwidrige) Uebergehung eines Notherben in anderen Fällen den Erfolg hat, daß nur die Erbeinsetzung der extranei beseitigt wird, und der Uebergangene als Miterbe neben Gleichberechtigten eintritt[2]). Das preuß. A. L. R. II, 2 §§ 450—455, II, 1 § 444, I, 12 §§ 601, 647 unterscheidet, ob der Erblasser erst nach Verlauf eines Jahres seit der nachfolgenden Geburt des Abkömmlinges oder der Zeit, zu welcher ihm das Dasein oder Fortleben des Uebergangenen bekannt wurde, stirbt, ohne etwas Weiteres verfügt zu haben, oder ob er früher stirbt. Im ersteren Falle erhält der Uebergangene oder später Geborene so viel wie der letztwillig Mindestbedachte, im anderen Falle ist die ganze Verfügung hinfällig[3]).

Das sächs. G. B. und im Wesentlichen übereinstimmend die Rechte verschiedener thüring. Staaten geben dem Uebergangenen das volle gesetzliche Erbrecht. Das österr. G. B. §§ 777, 778, 881, 1254, 1487[4]) folgt mehr dem röm. Rechte, jedoch nicht ohne Modifikationen. Mommsen § 498 Abs. 2, 3, § 502, 524 (dessen Mot. S. 476, 477) schließt sich dem sächs. G. B., jedoch mit der Maßgabe an, sofern nicht aus dem Inhalte der letztwilligen Verfügung auf eine andere Willensmeinung des Erblassers geschlossen werden muß, und unter Befreiung des Notherben von Vermächtnissen und Auflagen, falls nicht nach den Umständen eine andere Absicht des Erblassers erhellt.

In Ansehung der durch Willensakt des Erblassers pflichttheilsberechtigt gewordenen Personen ist das geltende Recht verschieden, zum größten Theil aber nicht kontroversenfrei.

Entwurf.

Der Entwurf, welcher nur einen obligatorischen Pflichttheilsanspruch kennt (vergl. §§ 1975, 1976), kann nicht wohl eine Vorschrift notherbrechtlicher Natur geben, wenn nicht ein besonderes dinglich wirkendes Pflichttheilsrecht für diese Fälle aufgestellt werden soll. Dies zu thun, erscheint jedoch nicht rathsam. Für die bezeichneten Fälle alle Vortheile preiszugeben, zu deren

[1]) Vergl. Windscheid § 563 Anm. 9, § 569 Anm. 1, § 591 Anm. 11, 12; Roth § 337 Anm. 10, 28, § 347 Anm. 4 ff.

[2]) Windscheid § 548 Anm. 15; Roth § 338 Anm. 9, 10, § 347.

[3]) Vergl. Schultzenstein, Pflichttheilsrecht § 5 S. 31, § 14 S. 73—78, § 33 S. 156; Dernburg § 208; Eccius § 248 S. 368 ff.

[4]) Unger § 78 a. E., § 83 Anm. 13.

Erreichung der Pflichttheilsanspruch so bedeutend eingeschränkt ist, würde schon deshalb nicht angemessen sein, weil es sich um immerhin nicht häufige Fälle handelt, weil aber auch eine solche Konstruktion dazu nöthigen würde, für diesen dinglich wirkenden Anspruch ein ganzes System aufzustellen und damit das Gesetz zu kompliziren. Zweifelhaft kann sogar sein, ob es nicht genügen würde, von weiteren Vorschriften abzusehen. Liegen die Erfordernisse des § 1781 vor, so würde durch Anfechtung die das Pflichttheilsrecht verletzende Verfügung beseitigt werden können. Dadurch werden die Pflichttheilsberechtigten besser geschützt, als durch obligatorische Pflichttheilsansprüche. Die Zahl der Fälle, in welchen die das Pflichttheilsrecht betreffenden Vorschriften zur Anwendung kommen, wird vermindert.

Allein der bezweckte Schutz würde nicht von großem praktischen Werthe sein, wenn es dabei bewendete. Deshalb ist der § 1781 für die in der Vorschrift bezeichneten Fälle in zwiefacher Richtung modifizirt. Einmal ist als Auslegungsregel aufgestellt, daß in solchen Fällen der Erblasser zu der letztwilligen Verfügung durch den Irrthum über das Vorhandensein des Pflichttheilsberechtigten oder durch die Voraussetzung bestimmt worden ist, der Pflichttheilsberechtigte werde nicht nachträglich geboren oder nicht nachträglich Pflichttheilsberechtigter werden. Ferner ist bestimmt, daß in diesen Fällen die Anfechtung stattfindet, auch wenn der Irrthum aus der letztwilligen Verfügung nicht zu entnehmen oder die Voraussetzung in der Verfügung nicht ausdrücklich oder stillschweigend erklärt ist. Das Ergebniß entspricht insbesondere der Vermuthung, daß der Wille eines jeden Erblassers dahin geht, das Erbrecht den nächsten gesetzlichen Erben nicht zu entziehen.

Vorhandensein zur Zeit des Erbfalles.

Begrenzt sind die Fälle dahin, wenn ein zur Zeit des Erbfalles vorhandener Pflichttheilsberechtigter übergangen ist, dessen Vorhandensein dem Erblasser bei Errichtung der letztwilligen Verfügung nicht bekannt war, u. s. w., um klarzustellen, daß es nicht darauf ankommt, ob ein solcher Pflichttheilsberechtigter überhaupt vorhanden gewesen ist. Nach der Auffassung des Entwurfes kann der Irrthum des Erblassers über das Vorhandensein eines Pflichttheilsberechtigten nur dann von Einfluß sein, wenn dieser Irrthum dazu geführt hat, daß der Pflichttheilsberechtigte gerade wegen seiner Uebergehung im Testamente nicht zur Erbfolge gelangt, keineswegs aber dann, wenn er ohne Rücksicht hierauf, z. B. weil er den Erblasser nicht überlebt hat, oder aus irgend einem anderen Grunde nicht zur Erbfolge gelangt.

Ergebniß der Anfechtung.

In Ansehung des Ergebnisses der Anfechtung enthält sich der Entwurf weiterer Vorschriften. Die Anfechtung, welche nach dem Entwurfe, wie zum § 1784 erörtert ist, nicht ausschließlich obligatorische Wirkung hat, vernichtet oder beseitigt die mangelhafte letztwillige Verfügung und schafft damit Raum für den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge. Die Frage, inwieweit durch die Anfechtung die letztwilligen Verfügungen beseitigt werden und wie alsdann die Rechte der eingesetzten Erben und der Vermächtnißnehmer sich gestalten, ist hier dieselbe, wie im Falle des § 1781. Bei Entscheidung der Frage kommen vorzugsweise die Vorschriften des § 1787 in Betracht. Speziellere Vorschriften darüber lassen sich nicht geben, auch kann nicht anerkannt werden, daß mit Rücksicht auf den eingenommenen prinzipiellen Standpunkt dazu mehr Anlaß vorliege in den Fällen

des § 1782 als in denen des § 1781. Jeder Versuch, solche Vorschriften hier zu geben, würde das Prinzip verdunkeln und den Anschein hervorrufen, als bewegte sich der Entwurf auf dem Boden des Notherben- oder Pflichttheilsrechtes.

Fassung.

Die Fassung des ersten Absatzes deckt alle in Betracht kommenden Fälle. Die Einschaltung hinter „bekannt war": „von welchem er insbesondere annahm, daß derselbe gestorben sei" bezielt nur eine Hinweisung auf einen häufiger vorkommenden Fall. Daß als Zeitpunkt des Bekanntseins die Zeit der Errichtung der Verfügung entscheidet, ist der Deutlichkeit wegen besonders hervorgehoben.

Kürzung der Vermächtnisse ꝛc.

Vorschriften wegen Kürzung der Vermächtnisse und Auflagen seitens der eingesetzten Erben, deren Erbtheile in Folge der Anfechtung eine Minderung erleiden, beizufügen (Mommsen's Mot. S. 477, 478), besteht kein Bedürfniß. Nachdem der Entwurf den Standpunkt der Anfechtung eingenommen hat, erscheint es zweifelhaft, ob es überhaupt vorkommen kann, daß die von einem Grunde der Anfechtbarkeit betroffene Erbeinsetzung in Folge der Anfechtung nicht gänzlich zu Fall gebracht wird, sondern nur eine Minderung des Erbbruchtheiles eintritt. Derselbe Zweifel besteht in Ansehung der Möglichkeit einer sonstigen mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwerten Zuwendung, auf welche jener Gedanke, wenn er berechtigt wäre, auszudehnen sein würde. Allerdings kann nach dem § 1787 in Verbindung mit dem § 14 die letztwillige Verfügung auch nur theilweise unwirksam werden, insbesondere kann die Unwirksamkeit sich auf einzelne letztwillige Zuwendungen beschränken (es können z. B. Vermächtnisse und Auflagen bestehen bleiben), aber eine quantitative Verminderung der Zuwendung — des Erbtheiles oder des Vermächtnisses — dürfte nicht vorkommen können. Jedenfalls ist es nicht angemessen, für solche zweifelhafte und seltene Fälle eine besondere Vorschrift zu geben, und zwar lediglich für die Fälle der Anfechtbarkeit, nicht für die Fälle einer sonstigen Ungültigkeit.

Wegen der Frage der Gültigkeit der Vermächtnisse und Auflagen, falls die mit denselben beschwerten Zuwendungen ungültig sind, vergl. § 1876.

§ 1783.

4. Anfechtung von Zuwendungen unter Ehegatten ꝛc.

Als ein weiterer Unterfall des § 1781 lassen sich die Fälle bezeichnen, in welchen ein Ehegatte den anderen oder ein Verlobter den anderen bedacht hat, während die Ehe nichtig war oder anfechtbar war und angefochten wurde, oder vor dem Tode eines der Ehegatten aufgelöst wurde, oder wenn das Verlöbniß vor dem Tode des Erblassers aufgelöst wurde[1]).

Die Frage kann aufgeworfen werden, ob nicht eine letztwillige Verfügung in den bezeichneten Fällen als kraft des Gesetzes unwirksam zu erklären sei. In der That ist es auch mehr Sache der juristischen Konstruktion, ob in eine solche Zuwendung an den Ehegatten oder Verlobten durch eine dispositive gesetzliche Vorschrift eine gewisse Bedingtheit hineingelegt wird, welche von

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. II, 1 § 489, Dernburg § 184 Anm. 8; sächs. G. B. § 2222; Mommsen § 168 (dessen Mot. S. 252, 253); Unger § 26 Anm. 19.

vornherein den Bestand der Verfügung an das Bestehen oder die Nichtlösung der Ehe oder des Verlöbnisses knüpft, oder ob, wenn die nach dieser Auffassung durch das Gesetz hinzugefügte Bedingung ausgefallen ist, ein stillschweigender Widerruf fingirt wird. Allein die Erwägung muß für durchgreifend angesehen werden, daß, wenn die Unwirksamkeit kraft des Gesetzes aufgestellt wird, die letztwillige Verfügung entkräftet wird, vielleicht gegen den Willen des Erblassers, und jedenfalls, ohne daß seitens der Personen, deren Rechte durch die Verfügung berührt werden, Widerspruch erfolgt.

Dies geht zu weit und ist nicht geboten, da die Anfechtbarkeit der letztwilligen Verfügung den Betheiligten ausreichenden Schutz gewährt. Allerdings kann es leicht vorkommen, daß, soweit das geltende Recht bisher eine solche Unwirksamkeit annahm, der widerrufberechtigte Erblasser und die Anfechtungsberechtigten unter dem Einflusse jenes Rechtes sich passiv verhalten und dadurch die Verfügung zu festem Bestande gelangen lassen. Allein dieser Umstand hat nur für die Uebergangszeit Bedeutung. Die Nothwendigkeit, zu widerrufen oder anzufechten, wird sich als eine drückende Last der Betheiligten nicht ansehen lassen.

Dispositivvorschrift.

Daß es sich um eine Dispositivvorschrift handelt, bringt der dritte Absatz zum Ausdrucke, indem er die Anfechtung ausschließt, wenn der Wille des Erblassers erhellt, daß die letztwillige Verfügung auch in dem eingetretenen Falle Geltung haben soll.

Voraussetzung.

Als Voraussetzung der Anfechtbarkeit ist die Thatsache selbst hingestellt, welche die Anfechtung begründen soll. Dies verdient den Vorzug vor dem Umwege, auf den Irrthum oder die unzutreffende Voraussetzung hinzuweisen; ein Bedürfniß besteht nicht, die Konstruktion zum Ausdrucke zu bringen. Ueberdies werden dadurch die Vorschriften einfacher und praktisch zweckmäßiger, wie wenn die Anfechtbarkeit an den Willensmangel angeknüpft wird, welcher in dem Irrthume oder in der unzutreffenden Voraussetzung über den Eintritt der Thatsache liegt.

Die einzelnen Fälle.

Die einzelnen Fälle, in welchen der Entwurf im ersten Absatze die Anfechtung zuläßt, sind:

a) Auflösung der Ehe vor dem Tode eines der Ehegatten. Aus dem § 1452 erhellt, daß im Falle der Scheidung ein rechtskräftiges Scheidungsurtheil erfordert wird. Die allgemeine Fassung „Auflösung vor dem Tode eines der Ehegatten" zieht außer dem Falle der Scheidung den weiteren Fall hinein, daß der Ehegatte eines für todt erklärten Ehegatten eine neue Ehe geschlossen hat (§ 1464).

b) Nichtigkeit der Ehe. Es erscheint zweckmäßig, dieses Falles ausdrücklich zu gedenken. Freilich kann es leicht vorkommen, daß der Erblasser in seiner Willensbestimmung durch diesen Umstand in keiner Weise beeinflußt ist, und daß er gerade, weil er die Nichtigkeit kennt oder als möglich annimmt, so verfügt hat. Aber alsdann wird seine wirkliche Willensmeinung unschwer zu ermitteln sein und die Ausnahme des dritten Absatzes eintreten. Hervorzuheben, daß die Ehe zur Zeit des Todes des Erblassers ungültig sein muß, ist nicht erforderlich. Nach dem Eintritte des Erbfalles kann eine nichtige Ehe, wie der § 1251 ergiebt, nicht mehr konvaleszíren. Ist aber die

Nichtigkeit vor dem Tode des Erblassers weggefallen und die Ehe gültig geworden, so liegt der Fall der Vorschrift nicht vor.

c) wenn die Ehe anfechtbar war und angefochten ist.

Als Erforderniß aufzustellen, daß die Ehe zur Zeit des Todes des Erblassers durch rechtskräftiges Urtheil für ungültig erklärt sei, ist nicht geboten. Auch nach dem Tode des Erblassers ist die Anfechtung der Ehe und die Geltendmachung der Anfechtbarkeit möglich; für einen solchen Fall würde es nicht gerechtfertigt sein, wenn, von dem Ausnahmefalle des dritten Absatzes abgesehen, der überlebende Ehegatte das ihm als Ehegatten von dem verstorbenen Ehegatten Zugewendete erhalten sollte. Für die Fälle des § 584a der C. P. O. (vergl. die Anmerkung zu § 1250 unter II Nr. 9) und des § 1267 (wenn nämlich der Erblasser selbst noch den Rechtsstreit begonnen hat) bedarf es einer Vorschrift an dieser Stelle nicht, weil in den angerufenen Vorschriften bestimmt ist, daß bei dem Tode einer der Parteien vor der Rechtskraft des Endurtheiles im Ungültigkeitsprozesse der Rechtsstreit in der Hauptsache als erledigt anzusehen ist.

In den Fällen des zweiten Absatzes ist als Erforderniß aufgestellt, daß das Verlöbniß vor dem Tode des Erblassers aufgelöst wird. Eine besondere Entscheidung, daß, wenn die Eheschließung stattgefunden hat, die Vorschriften des ersten Absatzes Anwendung finden, ist nicht veranlaßt. Ist dem Verlöbnisse die Ehe gefolgt, so ist das Verlöbniß nicht aufgelöst, sondern hat seinen Zweck erfüllt. Läßt der Erblasser seine letztwillige Verfügung nunmehr weiter bestehen, so wird es von den Umständen des Falles abhängen, ob nicht fortan der als Verlobter Bedachte in seiner Eigenschaft als Ehegatte als bedacht anzusehen ist. Dies wird in der Regel wohl zutreffen und dann der erste Absatz anwendbar werden.

Die Worte „den anderen Ehegatten" und „den anderen Verlobten" erscheinen deutlich genug; eine Redewendung „eine Person, welche von dem Erblasser als Ehegatte bezeichnet ist", würde kaum anders verstanden werden können und möchte die Gefahr nahelegen, daß auf diesen Wortlaut Gewicht gelegt werde.

§ 1784.

5. Anfechtungsberechtigte.

Eine Vorschrift darüber zu geben, wer in den Fällen der §§ 1780 bis 1783 der Anfechtungsberechtigte ist, erscheint geboten. Bei den anfechtbaren letztwilligen Verfügungen besteht die Eigenthümlichkeit, daß diejenige Person, welche unter dem Einflusse einer gewissen Art von Willensunfreiheit verfügt hat, in dem Zeitpunkte, in welchem die Wirkungen der Verfügung eintreten, nicht mehr vorhanden ist, mithin auch nicht anfechtungsberechtigt sein kann. Ein Uebergang des Anfechtungsrechtes im Wege der Rechtsnachfolge — vorausgesetzt, daß das Anfechtungsrecht dem Verfügenden zunächst zugeschrieben und als in dessen Widerrufsrecht mitenthalten angesehen würde — ist in den Fällen der vorliegenden Art nicht denkbar, weil gerade die Rechtsnachfolge durch die Anfechtbarkeit in Frage gestellt wird. Daher können nicht die Personen, welche nach der letztwilligen Verfügung die Rechtsnachfolger sind, sondern nur diejenigen als anfechtungsberechtigt bezeichnet werden, welche im Falle der Unwirksamkeit der anfechtbaren Verfügung, sei es als Erben, sei es

als Vermächtnißnehmer, aus dem Nachlasse etwas erhalten würden, was sie nicht erhalten, wenn die Verfügung bestehen bleibt. Der Satz geht anscheinend etwas zu weit, wenn die Fälle in Betracht gezogen werden, in welchen der Erblasser durch den auf seinen Willen geübten Einfluß, mag der Einfluß in einem Zwange oder Betruge oder in dem Mangel einer Kenntniß oder Voraussicht seinen Grund haben, davon abgehalten wurde, zu Gunsten einer bestimmten Person zu verfügen, z. B. des später geborenen Pflichttheilsberechtigten oder einer von ihm für verstorben oder für unwürdig gehaltenen Person. In diesen Fällen beschränken sich, wenn auch der Willensmangel nur zum Nachtheile einer bestimmten Person wirkt, die Wirkungen der Anfechtung häufig nicht darauf, daß die Benachtheiligung jener bestimmten Person beseitigt wird, sondern es kann vorkommen, daß auch noch andere Personen als der Benachtheiligte aus der Beseitigung der fehlerhaften Verfügung Vortheil ziehen. Ein solcher zufälliger Vortheil anderer Personen läßt sich nicht wohl vermeiden, da der Wille des Erblassers, wie er sich ohne eine jede fehlerhafte Beeinflussung vielleicht gestaltet haben würde, nicht erklärt ist und deshalb nicht unter positiver Umgestaltung des Inhaltes der Verfügung zur Geltung gebracht werden kann. Als unbillig würde es aber bezeichnet werden müssen, wenn jene Personen, welche aus den Wirkungen der Anfechtung einen zufälligen Vortheil ziehen, selbständig die Verfügung sollten anfechten können, falls der eigentlich Verletzte sich passiv verhält oder gar die letztwillige Verfügung genehmigt. Der Entwurf bezweckt, indem er die Anfechtbarkeit bestimmt, nur diejenigen Personen zu schützen, welche bei unbeeinflußter Willensentscheidung des Erklärenden nicht benachtheiligt worden wären. Deshalb darf nur in die Hand dieser Personen die Entscheidung gelegt werden, ob die in der letztwilligen Verfügung enthaltene Erklärung stehen bleiben oder fallen soll. Dies läßt sich schon aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entnehmen. Der aufgestellte Grundsatz: es seien anfechtungsberechtigt diejenigen, welche aus dem Nachlasse etwas erhalten würden, was sie nicht erhalten, wenn die Verfügung bestehen bleibt, bedarf daher einer Einschränkung, welche der zweite Satz beifügt. Im Falle der Drohung muß eine jede Person aus dem Kreise der etwa Betheiligten anfechtungsberechtigt sein, weil eine Beziehung der Wirkung der Drohung auf eine bestimmte Person aus jenem Kreise nicht ersichtlich sein kann. Bezieht sich aber der Betrug, der Irrthum oder die nichteingetretene Voraussetzung in den Fällen der §§ 1780—1782 nur auf eine bestimmte Person aus jenem Kreise — hat sich z. B. der Erblasser nur in Ansehung des Verstorbenseins dieser Person geirrt, im Uebrigen aber unter vollständig richtiger Voraussetzung der thatsächlichen Verhältnisse verfügt —, so darf nur derjenige, dessen Benachtheiligung mit dem Betruge, dem Irrthume oder der nichteingetretenen Voraussetzung in einem ursächlichen Zusammenhange steht, das Recht der Anfechtung haben. Will diese Person das Anfechtungsrecht nicht geltend machen oder kann sie es nicht, weil sie den Erblasser nicht überlebt hat, so muß die letztwillige Verfügung bei Kräften bleiben.

Einschränkung des Grundsatzes.

Indem derjenigen gedacht wird, welche ein Recht erworben haben würden, werden auch diejenigen Fälle getroffen, in welchen die letztwillige Verfügung einem Rechtserwerbe entgegensteht, welcher nicht nach erbrechtlichen, sondern

nach familienrechtlichen Grundsätzen eintritt, z. B. der Erwerb der elterlichen oder ehelichen Nutznießung, das Recht aus der gesetzlichen Berufung zur Vormundschaft u. s. w. (vergl. §§ 1287, 1347, 1351, 1396 (1431), 1510, 1517, 1538, 1636, 1640 (1647), 1652, 1660, 1693, 1695, 1718, 1738, 1745). Auch für diese Fälle der Anfechtungsberechtigung Raum zu lassen, ist mindestens zweckmäßig. Allerdings werden durch die gewählte Fassung nicht alle Fälle getroffen, sodaß immer noch eine Lücke gefunden werden könnte. Diese Lücke auszufüllen, dürfte ein Bedürfniß nicht bestehen. So wird für den Fall, daß die Einsetzung eines Familienrathes letztwillig angeordnet ist, deshalb ein Anfechtungsrecht nicht erforderlich sein, weil die Einsetzung eines Familienrathes nicht als Beschwerung erscheinen kann. Sind Mitglieder eines Familienrathes letztwillig ernannt, so besteht ebenfalls ein Bedürfniß, die Anfechtung zuzulassen, nicht, weil dem Uebelstande, welcher in der Ernennung eines ungeeigneten Mitgliedes liegen könnte, von dem Vormundschaftsgerichte, ohne daß eine Anfechtung erforderlich ist, abgeholfen werden kann (§§ 1712, 1715). In ähnlicher Weise wird in den übrigen Fällen, insbesondere wenn eine befreite Vormundschaft letztwillig angeordnet ist (§§ 1690, 1691), auch ohne Anfechtung zu helfen möglich sein.

Art und Weise der Anfechtung.

Darüber, auf welche Weise die Anfechtung zu erfolgen hat, sind Vorschriften nicht aufgenommen. Zu solchen besteht aber auch kein Anlaß, da es an einem Grunde fehlt, die Anfechtung in ähnlicher Weise wie in Ansehung der Ehe (§ 1266) zu beschränken.

Wirkungen.

Die Anfechtung hat die gleichen Wirkungen wie jede andere Anfechtung (§ 112). Eines besonderen Ausspruches darüber oder einer näheren Erläuterung der Wirkungen bedarf es nicht. Wegen der Ausnahmen zum Schutze gutgläubiger Dritter, welche die Anfechtbarkeit nicht kennen, vergl. § 2091.

Die Anwendung des § 112 führt zu dem Ergebnisse, daß der Anfall an den Anfechtungsgegner, wenn die Anfechtung durchdringt, rückgängig wird. Wie der Anfall an den Anfechtungsberechtigten sich gestaltet, ergiebt sich aus den §§ 1972, 2025, 2042, 2048.

Jeder Anfechtungsberechtigte kann die Anfechtung für sich allein ausüben. Dies erscheint selbstverständlich. Daß die Anfechtung eines Anfechtungsberechtigten nicht zu Gunsten der übrigen Anfechtungsberechtigten wirkt, kann nicht ausgesprochen werden, weil alsdann die geringere Wirkung, welche die Anfechtung haben soll, unklar bleibt. Eine solche Vorschrift würde auch nicht wohl mit der angenommenen Anwendbarkeit des § 112 zu vereinigen sein.

§ 1785.

6. Zeitliche Beschränkung der Anfechtung.

Das preuß. A. L. R. II, 2 § 440 setzt eine zweijährige Verjährungsfrist für den Anspruch des Enterbten, und diese Frist wird auch in Ansehung der Uebergehung angewendet[1]).

---

[1]) Entsch. des Ob. Trib. Bd. 24 S. 129; Eccius § 248 S. 380; Dernburg § 207 Anm. 24.

Der Entwurf bestimmt im Anschlusse an den § 104 eine einjährige Präklusivfrist, wiederholt aber die Vorschrift, weil der § 104 sich auf die Fälle des einfachen Irrthumes nicht bezieht. Die Fassung läßt die Frage der Beweislast offen und vermeidet deshalb den Ausdruck „erlischt", durch welchen die Beweislast dem Anfechtungsgegner auferlegt würde.

Indem zum Beginne der Frist (Abs. 1 Satz 2) Kenntniß von den das Recht begründenden Thatsachen verlangt wird, ist der Billigkeit Rechnung getragen, sodaß die verhältnißmäßig kurze Frist ausreichend erscheint. Die Frist darf nicht zu lang bemessen werden, da die Anfechtung erhebliche Verwickelungen schafft und viele Dritte berühren kann.

Subsidiäre Präklusivfrist.

Einer Hervorhebung bedarf es nicht, daß die Anfechtung nicht vor der Verkündung der letzwilligen Verfügung erfolgen kann. Sollte in dieser Beziehung ein Zweifel möglich sein, so wird derselbe ausgeschlossen durch die Vorschrift des zweiten Absatzes über den Beginn der subsidiären dreißigjährigen Präklusivfrist. Im Interesse der Verkehrssicherheit (vergl. zum § 1781) ist eine für alle Fälle der Anfechtbarkeit (§§ 1780—1783) geltende Einschränkung bestimmt (Abs. 2) durch Setzung einer dreißigjährigen Präklusivfrist, welche von der Verkündung der letztwilligen Verfügung an läuft. Zu berücksichtigen ist, daß unter Umständen die einer letztwilligen Verfügung zu Grunde liegende Voraussetzung eine solche sein kann, deren Erfüllung oder Nichterfüllung erst nach unverhältnißmäßig langer Zeit (vielleicht in fünfzig oder hundert Jahren) zum Austrage gelangt, oder daß die sonstigen die Anfechtung rechtfertigenden Thatumstände (Bestimmung durch Drohung oder Betrug, Nichtigkeit der Ehe u. s. w.) erst nach so langer Zeit ermittelt werden. Es ist endlich möglich, daß, auch wenn die Erfüllung oder Nichterfüllung der Voraussetzung oder das Vorhandensein des Thatumstandes sich längst entschieden hat, der Anfechtungsberechtigte erst nach so langer Zeit mit der Anfechtung hervortritt, weil er nicht eher Kenntniß von der Sachlage erhalten hat und deshalb die Präklusivfrist des ersten Absatzes gegen ihn nicht hat beginnen können. Die Anfechtung einer letztwilligen Verfügung, insbesondere einer Erbeinsetzung, nach ungemessener Zeit hat erhebliche Unzuträglichkeiten im Gefolge. Diesen soll möglichst vorgebeugt werden. Die Frist von dreißig Jahren entspricht der ordentlichen Verjährungsfrist (§ 155) und den in den §§ 1813, 1869 für die Wirksamkeit der Nacherbeinsetzung und des Vermächtnisses gesetzten Fristen. Für den Beginn der Frist kann nur die Eröffnung der letztwilligen Verfügung maßgebend sein, da die Frist dem Anfechtungsberechtigten nicht wohl laufen kann, bevor er in der Lage war, in Erfahrung zu bringen, daß er betheiligt sei.

Für die Fälle, in welchen eine letztwillige Verfügung nichtig ist, bedarf es eines ähnlichen Schutzes nicht, da die dreißigjährige Verjährung der bei der Nichtigkeit ohne Weiteres sich ergebenden Ansprüche von selbst eine geeignete Schranke bietet.

Daß in Ansehung der Fristen des § 1785 die Vorschriften des § 166 für entsprechend anwendbar erklärt werden (Abs. 3), entspricht dem Gedanken, auf welchem der § 166 beruht, obgleich derselbe nur in Ansehung der Verjährung bestimmt. Seine Anwendung empfiehlt sich hier ebenso wie bei anderen

Präklusivfristen, z. B. denen der §§ 1264, 1447, 1473. Für die Anwendung des § 164 ist hingegen hier kein Raum, da nicht eine Klage oder eine gegenüber einem Gerichte abzugebende Erklärung zur Geltendmachung des Anfechtungsrechtes erforderlich ist.

Allerdings verliert durch die zeitliche Begrenzung die gewährte Anfechtung erheblich an Werth. Aber eine solche Grenze ist nicht wohl zu entbehren, wenn nicht eine Unsicherheit in allen derartigen Fällen eintreten soll. Die Art der Regelung beseitigt jede ernste Gefährdung des berechtigten Interesses des Anfechtungsberechtigten.

§ 1786.

7. Ausschließung der Anfechtung. Unthätigkeit des Erblassers.

Der § 1786 schließt die Anfechtung aus, wenn der Erblasser in näher bestimmter Weise in Unthätigkeit verharrt, obschon er nach Beseitigung der Zwangslage oder nach erlangter Kenntniß von der Anfechtbarkeit die Verfügung aufheben konnte. Die Vorschriften rechtfertigen sich durch die Rücksichtnahme auf den anzunehmenden Willen des Erblassers. Durch dieselben setzt sich zwar der Entwurf in Widerspruch mit manchen geltenden Rechten, insbesondere dem sächs. G. B. § 2601, dem österr. G. B. § 778, Mommsen § 498, u. A. Die entgegenstehende Entscheidung der letzteren läßt sich nicht durch die Rücksicht auf die Lässigkeit des Erblassers oder auf den Umstand, daß nicht selten ein Erblasser Anstand nehmen werde, sich wiederholt mit dem Testamente zu beschäftigen, begründen. Solche Thatsachen, welche nach den §§ 1780 ff. das Anfechtungsrecht gewähren, bleiben erfahrungsgemäß äußerst selten von dem Erblasser in dem Maße unbeachtet, daß er den Widerspruch zwischen seiner Erklärung und dem anzunehmenden Willen nicht beseitigt, wenn er dies kann und will. Nur muß der Zeitraum, innerhalb dessen die Aenderung vorgenommen werden kann, ein ausreichender sein, und muß wirklich der Erblasser im Stande sein, die anfechtbare Verfügung aufzuheben. Letzteres verdeutlicht die in der Fassung mit dem § 1926 Abs. 2 übereinstimmende Vorschrift, daß Beginn und Lauf der Frist gehemmt ist, solange der Erblasser außer Stande ist, die Verfügung aufzuheben (Satz 2).

Es kann eingewendet werden, eine Formvorschrift müsse gegeben werden; denn, da der Widerruf formalisirt sei (§ 1933), müsse auch die als Widerruf sich gestaltende Anfechtung des Erblassers an die Form gebunden werden, und das Gleiche müsse von der Genehmigung der anfechtbaren Verfügung gelten, welche sich als neue Errichtung der Verfügung betrachten lasse. Allein der Entwurf beruht auf der Auffassung, daß Anfechtung und Genehmigung des anfechtbaren Rechtsgeschäftes, selbst wenn sie auf formbedürftige Rechtsgeschäfte sich beziehen, formfrei sind. Vergl. zu den §§ 113 und 127, Motive zum Allg. Th. S. 220, 221, S. 247. Es wird daher zulässig sein müssen, durch positive Vorschrift einem gewissen passiven Verhalten des Erblassers die Wirkung einer stillschweigendeu Genehmigung beizulegen.

Der Entwurf spricht nicht von der Genehmigung, obschon die vorgesehene Verschweigung sich nur von dem Standpunkte der Genehmigung erklärt. Dies

beruht auf der Erwägung, daß die Hereinziehung der Genehmigung zu praktischen Uebelständen führen kann.

§ 1787.

8. Unwirksamkeit einer einzelnen Verfügung.

Die Vorschrift ist bereits auf S. 52 als erforderlich bezeichnet. Ausgesprochen wird, daß, wenn der Grund der Unwirksamkeit einer Verfügung sich nur auf eine einzelne in dem Testamente enthaltene Verfügung bezieht, nur diese unwirksam wird, sofern nicht erhellt, daß der Erblasser die übrigen Verfügungen ohne diese einzelne Verfügung nicht getroffen haben würde. Eingewendet kann werden, der Inhalt der Vorschrift sei selbstverständlich, um so mehr, als nur der § 114 wiederholt werde. Allein der § 114 setzt ein einheitliches Rechtsgeschäft voraus (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 222). Zu beurtheilen, auf welchen Momenten die Einheitlichkeit beruht, ist der Doktrin und Praxis überlassen. Für Testamente ist jedenfalls eine besondere erläuternde Vorschrift angezeigt. Ohne eine solche läßt sich die Meinung vertreten, die Gesammtheit der Verfügungen, welche ein Erblasser von Todeswegen errichtet, sei es in einem Akte, sei es sogar in zeitlich verschiedenen Akten, stehe in einem aus dem Begriffe der Gesammtnachfolge sich ergebenden Zusammenhange und bilde ein einheitliches Rechtsgeschäft; nur diejenigen letztwilligen Verfügungen, welche im Familienrechte besonders zugelassen seien, und durch welche weder über das Vermögen des Erblassers noch über ein demselben zustehendes Recht verfügt werde, hätten einen selbständigen und getrennten Bestand. Dieser Schluß von der Einheitlichkeit des Nachlasses auf die Einheitlichkeit und den inneren Zusammenhang aller über den Nachlaß getroffenen Verfügungen entspricht jedoch, wenn man die Erfahrungen des Lebens berücksichtigt, regelmäßig nicht dem Willen des Erblassers. Die Annahme der Einheitlichkeit der Verfügungen müßte auch zu Uebelständen führen, denn bei Anwendung des § 114 könnten nur diejenigen Anordnungen aufrecht erhalten werden, in Ansehung deren bewiesen wird, daß der Erblasser sie auch ohne die ungültige Anordnung gewollt hat. Die Annahme der Einheitlichkeit bedarf deshalb der Einschränkung. Diese Einschränkung setzt die Vorschrift, indem sie die Vermuthung für die Selbständigkeit jeder einzelnen Verfügung aufstellt. Nur in Ansehung der Beweisfrage wird also im Interesse der Aufrechterhaltung der Testamente etwas Besonderes bestimmt.

Unsittlicher Beweggrund.

Mit dem hess. Entw. Art. 49 und Mommsen § 88 Abs. 2 (vergl. auch Unger § 13 Anm. 3) die Anordnung für nichtig zu erklären, für welche der Erblasser in seiner Verfügung einen Beweggrund angegeben hat, welcher gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, mag der Grund wahr oder falsch sein, ist nicht erforderlich, würde aber auch nicht angemessen sein. Soweit der Gedanke richtig ist, folgt das gleiche Ergebniß aus dem § 106. Immerhin aber bleibt es möglich, daß trotz des angegebenen Beweggrundes der Inhalt des Rechtsgeschäftes nicht gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt. Für solche Fälle wäre die Vorschrift unrichtig und unbillig.

Zweiter Titel.
Erbeinsetzung.

Der zweite Titel behandelt die Erbeinsetzung und die Einsetzung als Ersatzerbe.

I. Erbeinsetzung.

§ 1788.

Auslegungsregel, ob Erbeinsetzung oder Vermächtniß.

Der § 1788 erläutert den bereits im § 1751 aufgestellten Begriff der Erbeinsetzung näher durch Aufstellung von Auslegungsregeln, wann eine Erbeinsetzung und wann eine Vermächtnißzuwendung anzunehmen sei.

Solche Auslegungsregeln können deshalb entbehrlich erscheinen, weil schon nach der allgemeinen Auslegungsregel des § 73 bei der Beantwortung der Frage, ob eine Erbeinsetzung vorliege, darauf zu sehen sei, ob der für eine solche karakteristische Willensinhalt der Erklärung des Erblassers aus der Verfügung sich ergebe, ohne daß auf die Worte, in welchen der erklärte Wille seinen Ausdruck gefunden hat, etwas ankomme. Auch bedarf es keiner besonderen Betonung, daß die dem röm. Rechte hinsichtlich des Gebrauches der technischen Ausdrücke eigene Strenge nicht mehr festgehalten wird, nachdem schon das geltende Recht mit dem Formalismus des röm. Rechtes gebrochen hat[1]). Allein es erscheint zweckmäßig und für die Handhabung des Gesetzes praktisch, auf den richtigen Gesichtspunkt hinzuweisen und besonders hervorzuheben, daß der Gebrauch des Wortes „Erbe" nicht verlangt wird. Denn gerade auf dem Gebiete des Erbrechtes werden vielfach Ausdrücke des Gesetzes in einem ganz anderen Sinne gebraucht als demjenigen, welcher ihnen nach dem Gesetze zukommt und solche Verstöße können, wenn lediglich die verwendeten Ausdrücke maßgebend wären, von den schwerwiegendsten Folgen begleitet sein. Der erste, die anzunehmende Erbeinsetzung betreffende Absatz weicht in der Fassung von dem zweiten, die anzunehmende Vermächtnißzuwendung betreffenden Absatze ab, weil im Falle des ersten Absatzes der entgegenstehende Wille des Erblassers sich nicht gegen die Rechtsnorm richtet, sondern nur deren Voraussetzung beseitigen kann.

Summenzuwendung.

Der Summenzuwendung ist nicht besonders gedacht. Die Erwähnung derselben ist nicht erforderlich und würde nicht einmal rathsam sein. Es wird nicht bestimmt, daß eine Zuwendung der bezeichneten Art unter den Begriff der Vermächtnisse fällt, weil sich aus der Natur der Zuwendung ergeben muß, ob ein Vermächtniß gewollt ist; zudem würde eine derartige Vorschrift nicht in den Titel über Erbeinsetzung gehören.

---

[1]) Windscheid § 546 Anm. 7, 8; Roth § 309 Anm. 13, 14; Brinz § 372 Anm. 41; Entsch. d. R. G. Bd. 17 S. 143; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 4, 5, 257, Dernburg § 128, Eccius § 251 I; Unger § 8 Anm. 4; sächs. G. B. §§ 2166, 2168; Mommsen §§ 135, 138; hess. Entw. Art. 42, 43 u. s. w.

§ 1789.

Ausschließung der gesetzlichen Erbfolge durch den eingesetzten Erben.

Der § 1789 wendet sich zu den Fällen, in welchen ein Erbe ohne Einsetzung eines Miterben eingesetzt und die Einsetzung nicht auf einen Bruchtheil beschränkt ist, oder in welchen mehrere Erben eingesetzt sind, aber die Einsetzung mindestens eines derselben nicht auf einen Bruchtheil beschränkt ist.

Durch die Worte „so ist die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen" wird ausgedrückt, daß in dem zuerst bezeichneten Falle der eine Erbe als der alleinige Erbe anzusehen ist, und daß in dem zuletzt bezeichneten Falle die eingesetzten Erben als die alleinigen Erben anzusehen seien. Den Grundsatz der ausschließenden Natur einer solchen Erbeinsetzung auszusprechen, ist zweckmäßig, weil der Fall nicht selten ist, daß der Erblasser zwar will, es sollen der oder die Benannten den ganzen Nachlaß erhalten, dieser Wille aber nicht Ausdruck gefunden hat. Die Fassung weicht, obschon es sich um eine Auslegungsregel handelt, deshalb insofern von der für Auslegungsregeln sonst gewählten Fassung ab, als die Worte „im Zweifel" weggelassen sind. Dies ist geboten, weil die Vorschrift weniger für den Zweifelsfall, als vielmehr vorzugsweise für den Fall berechnet ist, in welchem ein durch Auslegung zu hebender Zweifel nicht vorliegt[1]).

Einsetzung auf die Gesammtheit aller einzelnen Aktiva etc.

Eine Vorschrift ist nicht aufgenommen in Ansehung des Falles, daß in der letztwilligen Verfügung die Gesammtheit aller einzelnen Aktiva des Nachlasses oder der angeschlagene Werth des ganzen Vermögens ganz oder zu einem Bruchtheile an eine der mehreren Personen nach Bruchtheilen zugewendet sind, etwa in der Richtung, daß für eine solche letztwillige Verfügung eine andere Beurtheilung denn als Erbeinsetzung positiv ausgeschlossen wird; ebenso wird eine Auslegungsregel für den Fall, daß alle einzelnen Gegenstände des Nachlasses zugewendet sind, nicht gegeben.

In dieser Hinsicht finden sich vielfach Vorschriften im geltenden Rechte[2]). Hat der Erblasser über den ganzen Bestand seines Aktivvermögens, wie er sich denselben zur Zeit seines Todes vorstellt, durch Zuwendung der einzelnen Bestandtheile an einzelne Bedachte verfügt, hat er z. B. angeordnet, daß sein zur Zeit des Erbfalles vorhandenes unbewegliches Vermögen an A., das bewegliche Vermögen dagegen an B. fallen soll, so liegt einer der vielen denkbaren Fälle vor, in welchen der Wille einer Erbeinsetzung, obschon diese nicht mit ausdrücklichen Worten erklärt ist, sich regelmäßig nicht bezweifeln läßt. Darauf im Gesetze besonders hinzuweisen, besteht kein Bedürfniß. Hat dagegen der Erblasser durch Vertheilung an mehrere Bedachte über einzelne Vermögensstücke verfügt, und erschöpfen diese nur zufällig den Bestand des Vermögens, wie er sich zur Zeit seines Todes ergiebt, während zur Zeit der Errichtung

[1]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Windscheid § 546; Roth § 309; preuß. A. L. R. I, 12 § 254; sächs. G. B. § 2173; österr. G. B. §§ 554, 555; Mommsen § 140 Abs. 1; hess. Entw. Art. 128 Abs. 1.

[2]) Wegen des gemeinen Rechtes vergl. Windscheid § 583; Roth § 309 Anm. 44 ff.; wegen des preuß. A. L. R. Dernburg § 128, insbesondere Anm. 6. 7, Eccius § 251 S. 432, 433; vergl. ferner sächs. G. B. §§ 2169, 2170, 2182, 2183; code civil Art. 1010; Mommsen §§ 136, 137.

der Verfügung noch andere und vielleicht bei Weitem werthvollere Gegenstände ihm gehört haben, so ist die Annahme der Erbeinsetzung nicht haltbar. Das Gleiche gilt in allen Fällen, in welchen völlig unersichtlich ist, daß der Erblasser die Vertheilung seines Vermögens, wie dieses zur Zeit des Erbfalles sich gestalten wird, bezweckt hat. In solchen Fällen würde die Umdeutung mittels einer positiven Vorschrift der inneren Begründung entbehren. Am wenigsten aber wäre es gerechtfertigt, dieser Vorschrift sogar den Karakter einer zwingenden Rechtsnorm beizulegen. Für eine solche immerhin willkürliche Entscheidung läßt sich nur geltend machen, daß sich für die Nachlaßgläubiger damit eine günstigere Rechtsstellung ergiebt. Allein dieser Grund erscheint deshalb nicht zutreffend, weil der bezeichnete Zweck doch nicht völlig erreicht wird. Die Vorschrift bleibt unanwendbar, sobald der Erblasser nur einen einzigen, vielleicht ganz geringwerthigen Gegenstand von der Vertheilung ausgeschlossen hat.

Der Rechtssatz, daß die rechtsgeschäftliche Verfügung über den Nachlaß durch Erbeinsetzung auf einen Bruchtheil des Nachlasses sich beschränken kann, und daß alsdann in Ansehung des Restbruchtheiles des Nachlasses die gesetzliche Erbfolge eintritt, hat seinen Ausdruck im § 1790 gefunden.

Vorbehalt eines Gegenstandes für spätere Verfügung.

Wie es sich verhält, wenn der Erblasser bei der Erbeinsetzung einen bestimmten Gegenstand seiner besonderen Verfügung vorbehalten, diese Verfügung aber nicht getroffen hat[1]), ergiebt sich aus dem § 1767. Dieser Fall ist noch zu unterscheiden von dem des § 1791. Die abweichende Entscheidung einiger thüring. Erbgesetze und des hess. Entw. Art. 133 rechtfertigt nicht die Aufnahme einer besonderen Vorschrift; eine solche findet sich denn auch weder im preuß. A. L. R. noch im sächs. G. B. oder bei Mommsen.

§ 1790.

3. Eintritt d. ges. Erbfolge neben den einges. Erben. Nemo pro parte etc.

Bei der Entscheidung der Fälle, daß nur ein Erbe mit Beschränkung auf einen Bruchtheil eingesetzt ist oder daß mehrere Erben, aber mit Beschränkung auf Bruchtheile, welche das Ganze nicht erschöpfen, eingesetzt sind, nimmt der Entwurf Stellung zu dem Satze: „nemo paganus pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest“ (vergl. § 1751 und dazu S. 4). Dieser Satz, welcher im röm. Rechte, abgesehen vom Soldatentestamente, durchweg gilt, wird festgehalten vom bayr. L. R. III, 3 § 9 Nr. 4 und anderen Rechten; es besteht aber ein lebhafter Streit über den legislatorischen Grund der Regel[2]). Die neuere Gesetzgebung hat den Satz aufgegeben[3]). Der Entwurf folgt der letzteren.

Unter den bezeichneten Voraussetzungen ist der Wille des Erblassers erkennbar, daß neben dem oder den Bedachten die gesetzlichen Erben eintreten sollen. Erfordert wird, es sei deutlich ausgesprochen, daß das Anrecht der

---

[1]) Vergl. Unger § 15 Anm. 1.

[2]) Vergl. Windscheid § 537 Anm. 2; Roth § 309 Anm. 39; für württemb. Recht Stein § 4.

[3]) Vergl. die erschöpfende Nachweisung bei Stobbe § 278 Anm. 4; Mommsen §§ 4, 17 (dessen Mot. S. 135, 136, 144, 145).

Bedachten bestimmt und abgegrenzt ist; der nicht vertheilte Ueberschuß muß also in Ermangelung einer letztwilligen Verfügung an die gesetzlichen Erben fallen. Hiermit stimmt auch das röm. Recht für das Soldatentestament überein[1]). Die im ersten und zweiten Absatze bezeichneten Fälle werden (mit dem sächs. G. B. und Mommsen) getrennt, weil die Zusammenziehung zu einem verwickelten Satze führen und leicht Inkorrektheit zur Folge haben könnte.

Eine Auslegungsregel, daß die Beifügung von Bruchtheilen im Zweifel eine Beschränkung der Erbfolge aus dem Testamente gegenüber der gesetzlichen Erbfolge enthält, ist entbehrlich.

Eine Einschränkung der Vorschriften für den Fall, daß erhellt, die Eingesetzten sollten nach dem Willen des Erblassers die alleinigen Erben sein, ist weder erforderlich noch zulässig. Damit der bezeichnete Fall vorliegen kann, muß vorausgesetzt werden, der Erblasser habe inkorrekter Weise Bruchtheile beigefügt, welche nicht den ganzen Nachlaß erschöpfen, sodaß ein Bruchtheil frei bleibt, während der Erblasser einen Rest nicht übrig zu lassen Willens war; er muß sich also verrechnet haben. Eine Vorschrift, welche für diesen Fall auch den Ueberrest den eingesetzten Erben zuweist, könnte nur die Bedeutung haben, zu verhindern, daß die letztwillige Verfügung als in sich widerspruchsvoll für nichtig erachtet wird. Einer solchen Vorschrift bedarf es aber nicht; die Auslegungsregel des § 73 wird zu der richtigen Auslegung führen.

§ 1791.

4. Ausschließung eines Vermögensgegenstandes.

Die Vorschrift enthält eine Auslegungsregel für den Fall, daß der Erblasser bestimmt hat, ein Vermögensgegenstand solle den eingesetzten Erben nicht zufallen. Wegen Nichtaufnahme der Worte „im Zweifel" gilt auch hier das zum § 1789 S. 62 Bemerkte. Ist einmal ausgesprochen, daß die eingesetzten Erben den bezeichneten Gegenstand nicht haben sollen, so wird anzunehmen sein, der Gegenstand solle den gesetzlichen Erben anheimfallen, selbstverständlich in der Eigenschaft eines Vermächtnisses, weil es sich um einen einzelnen Gegenstand handelt (vergl. sächs. G. B. § 2172, Mommsen § 139). Derselbe Gedanke liegt dem § 1790 zu Grunde. Daß nicht der S. 63 erwähnte Fall, in welchem eine Verfügung über einen Gegenstand vorbehalten, die vorbehaltene Verfügung aber nicht getroffen ist, gemeint sei, wird nach dem Wortlaute der Vorschrift genügend hervortreten.

§ 1792.

5. Einsetzung Mehrerer ohne Bruchtheile.

Einer besonderen Entscheidung bedarf der Fall, daß mehrere Erben eingesetzt sind, aber keiner auf einen Bruchtheil beschränkt ist. Die Entscheidung giebt der § 1792 dahin, die Erben seien als zu gleichen Theilen eingesetzt

[1]) Windscheid § 537 Anm. 2, 4, § 552 Anm. 8, § 553 Anm. 9, 11, 14, § 554 Anm. 20; Roth § 309 Anm. 47—49. Vergl. ferner preuß. A. L. R. I, 12 § 45; code civil Art. 1044, 1045; sächs. G. B. §§ 2011, 2014, 2174, 2176; Mommsen §§ 4, 17, 141; hess. Entw. Art. 129 Abs. 1; u. A.

anzusehen[1]). Zum richtigen Verständnisse der Vorschrift, welche nur eine Dispositivnorm enthält, ist zu beachten, daß nach dem § 1789, wenn eine andere Erbeinsetzung nicht vorliegt, die Eingesetzten für die ganze Erbschaft eingesetzt sind. Der Ausdruck „ansehen" im Sinne von „gelten" ist für angemessen erachtet, weil ein entgegenstehender Wille des Erblassers sich, wie im Falle des § 1789, nicht gegen die Rechtsnorm richten, sondern nur deren Voraussetzung beseitigen kann.

§ 1793.

6. Einsetzung auf Bruchtheile, welche das Ganze übersteigen,

Für den Fall, daß mehrere Erben je auf einen Bruchtheil eingesetzt sind und die Bruchtheile das Ganze übersteigen, wird gleichfalls eine Dispositivvorschrift gegeben, und zwar dahin, daß eine verhältnißmäßige Minderung der Bruchtheile eintritt. Erhellt, daß der Erblasser ein Anderes gewollt hat, so fehlt es an der Voraussetzung der Vorschrift. Die Frage, ob ein Anderes gewollt sei, unterliegt der freien Auslegung; dies bedarf nicht eines besonderen Ausdruckes.

Die Vorschrift kann als selbstverständlich entbehrlich erscheinen. Allein ihre Aufnahme ist räthlich, damit nicht der Zweifel entstehe, ob die Verfügung als in sich widerspruchsvoll nichtig sei. Auch im geltenden Rechte findet sich, wenn auch nicht durchgängig, eine Vorschrift dieses Inhaltes[2]). Zudem wird dadurch eine Grundlage für die sich anschließenden Vorschriften gewonnen.

§ 1794.

7. ohne Erschöpfung des Ganzen.

Sind mehrere Erben mit Beschränkung auf Bruchtheile eingesetzt, ohne daß die Bruchtheile das Ganze erschöpfen, so soll, falls der Wille des Erblassers erhellt, daß die Eingesetzten die alleinigen Erben sein sollen, der Restbruchtheil unter die Eingesetzten nach Verhältniß der bestimmten Bruchtheile getheilt werden.

Die Vorschrift richtet sich vorzugsweise gegen die mögliche Auffassung, der Restbruchtheil sei unter den Eingesetzten nach Köpfen zu theilen. Das sächs. G. B. hat eine solche Vorschrift nicht (vergl. Mommsen, Mot. S. 234)[3]). Es kann eingewendet werden, die Regel lasse sich nicht schlechthin und unbedingt aufstellen, und es liege kein genügender Grund vor, dem richterlichen Ermessen eine Schranke zu ziehen. Durch die Vorschrift wird indessen das richterliche Ermessen kaum beengt werden. Die Regel auszusprechen, ist aber um so mehr

[1]) Vergl. Windscheid § 551 Anm. 1; Roth § 309 Anm. 59; preuß. A. L. R. I, 12 § 261; österr. G. B. § 555; sächs. G. B. § 2175; Mommsen § 140 Abs. 2; hess. Entw. Art. 128 Abs. 2.

[2]) Vergl. Windscheid § 552 Nr. 2; Roth § 309 Anm. 67; sächs. G. B. § 2177; preuß. Entw. v. 1835 I, 12 § 244; hess. Entw. Art. 132; Mommsen § 142.

[3]) Vergl. Windscheid § 552 Anm. 2; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 264, 265, Eccius § 272 Anm. 18, Dernburg § 129 Anm. 11; österr. G. B. § 556; hess. Entw. Art. 130.

Anlaß vorhanden, als sonst die Gleichtheilung des Restbruchtheiles nahe liegen würde, diese aber zumeist gewiß nicht gewollt ist. Nur ist hinreichend klarzustellen, daß der Wille des Erblassers erhellen muß, die Eingesetzten sollten die alleinigen Erben sein.

§ 1795.

8. Einsetzung theils auf Bruchtheile, theils ohne solche;

Zu prüfen bleiben noch einige, auch von mehreren geltenden Rechten besonders entschiedene Fälle.

Sind mehrere Erben eingesetzt, und zwar ein Erbe oder einige Erben auf Bruchtheile, welche das Ganze nicht erschöpfen, ein Erbe oder einige Erben hingegen ohne Beschränkung auf einen Bruchtheil, so sollen der letztere oder die letzteren als auf den Restbruchtheil eingesetzt gelten. So entscheiden auch das gemeine Recht[1]), das sächs. G. B. § 2179, das österr. G. B. § 557, der hess. Entw. Art. 131 Abs. 1 und Mommsen § 143.

Erschöpfen in dem bezeichneten Falle die Bruchtheile das Ganze, so sollen die bestimmten Bruchtheile verhältnißmäßig gemindert werden, dergestalt, daß für einen jeden ohne Bestimmung eines Bruchtheiles eingesetzten Erben ein gleich großer Bruchtheil wie für den auf den geringsten Bruchtheil Eingesetzten sich ergiebt. Hiermit stimmen im Wesentlichen überein das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 269, 270, das österr. G. B. § 558, das sächs. G. B. § 2180, der hess. Entw. Art. 131 Abs. 2 und Mommsen § 144; jedoch weicht das gemeine Recht ab[2]). Von einer Vorschrift für diesen Fall ganz abzusehen, ist schon deshalb nicht rathsam, weil alsdann die Ansicht Raum gewinnen könnte, die letztwillige Verfügung sei als widersinnig nichtig, während davon auszugehen ist, es liege in dem vorausgesetzten Falle nur ein unrichtiger Ausdruck des Erblassers vor, und weil andererseits der unrichtigen Auffassung entgegenzutreten ist, wie sie im gemeinen Rechte Anerkennung gefunden hat, es habe in einem solchen Falle der Erblasser über zwei oder mehrere Ganze verfügen wollen. Letztere Auffassung erscheint insofern unrichtig, als durch dieselbe in der Regel die ohne Antheilbestimmung Eingesetzten in unbegründeter Weise vor den mit Antheilbestimmung Eingesetzten bevorzugt werden (vergl. Mommsen, Mot. S. 235). Eine Umdeutung der Verfügung dahin, es sei eine Ersatzberufung der ohne Antheilbestimmung Eingesetzten anzunehmen, findet im geltenden Rechte keinen Anhalt und entbehrt wohl auch der sachlichen Begründung. Als Auslegungsregel gedacht würde sie in allen Fällen im Stiche lassen, in welchen Anhaltpunkte dafür gegeben sind, daß der Erblasser eine Ersatzberufung nicht gewollt hat. Die Umdeutung paßt ferner dann nicht, wenn die getroffenen Theilbestimmungen den Nachlaß nicht allein erschöpfen, sondern sogar übersteigen (§ 1793).

Die Vorschriften sind wiederum Dispositivvorschriften, nicht Auslegungsregeln. Dies ergiebt die Fassung. Erhellt ein entgegenstehender Wille des Erblassers, so ist dieser maßgebend; in einem solchen Falle fehlt es an der gesetzlichen Voraussetzung der Vorschrift.

---

[1]) Windscheid § 551 Anm. 14.

[2]) Windscheid § 552 Anm. 13; Roth § 309 Anm. 68.

theils auf Bruchtheile, theils auf den Rest.

Die Entscheidung, ob, wenn die ohne Antheilbestimmung eingesetzten Erben ausdrücklich nur auf den Rest eingesetzt sind, sie durch die auf bestimmte Bruchtheile eingesetzten Erben ausgeschlossen werden[1]), bleibt besser der Auslegung unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles überlassen. Dies kann auch ohne Gefahr geschehen. Die Prüfung des Willens des Erblassers wird im einzelnen Falle ergeben, ob überhaupt eine ernstliche Verfügung vorliegt und ob, wenn diese Frage zu bejahen ist, die Vorschrift des § 1795 anzuwenden ist oder ob etwa der Erblasser ein Anderes, z. B. eine Ersatzberufung, gewollt hat.

Einsetzung auf das bewegliche Vermögen 2c.

In Uebereinstimmung mit den Erwägungen zum § 1789 S. 62 ist eine Vorschrift nicht aufgenommen, zu welchem Bruchtheile der Erbschaft ein jeder der mehreren Erben als eingesetzt gilt, wenn der eine auf das bewegliche, der andere auf das unbewegliche Vermögen eingesetzt ist, oder wenn der angeschlagene Gesammtwerth oder alle einzelnen Vermögensgegenstände des Nachlasses mehreren Erben zugewiesen sind, oder wenn ein auf einen bestimmten Gegenstand Eingesetzter nach dem Willen des Erblassers als Erbe zu betrachten ist. Solche Vorschriften finden sich zwar im geltenden Rechte[2]), allein eine Erbeinsetzung mehrerer Personen kann nur in der Weise gedacht werden, daß der Einzelne Erbe zu einem Bruchtheile ist. Läßt die Einsetzung einen Bruchtheil nicht erkennen, so wird nach § 1792 Gleichheit der Antheile anzunehmen sein. Wenn der Einsetzungswille zweifellos ist, kann fraglich sein, ob in der Einsetzung auf einen bestimmten Gegenstand eine diese Regel der Gleichheit der Antheile ausschließende Bruchtheilbezeichnung zu finden sei; indessen ist auch dies eine nach den Umständen des Falles zu beurtheilende Auslegungsfrage.

Allerdings kann der Erblasser den Bruchtheil der Erben auf beliebige Weise bestimmen, und es wird nicht gehindert werden können, daß diese Bestimmung durch Verweisung auf beliebige Gleichungen erfolgt, daß insbesondere das Verhältniß zwischen gewissen anderen Größen, z. B. zwischen dem Werthe der zugewendeten Gegenstände, als Grundlage für die Ermittelung der Bruchtheile (Antheile) der Erbschaft dienen solle. Eine solche zu verwickelten Rechnungen führende Bruchtheilung ist aber höchst unzweckmäßig, zumal das so ermittelte Verhältniß auch nach außen gegen Dritte (Gläubiger, Schuldner u. s. w.) wirken soll. Hat der Erblasser so verfügt, so wird zuweilen nichts übrig bleiben, als die Bestimmung der Bruchtheile nach dem Werthverhältnisse der betreffenden einzelnen Gegenstände anzunehmen. Eine Auslegungsregel dieses Inhaltes aufzustellen, wäre aber nicht zweckmäßig. Denn es wird höchst selten anzunehmen sein, daß der Erblasser ein so verwickeltes Ergebniß gewollt habe. Ueberdies bleibt denkbar, daß die Zuwendung der bestimmten Gegenstände im einzelnen Falle nicht dem Zwecke der Bruchtheilfeststellung dienen soll, daß vielmehr die Anordnung eines Vorausvermächt-

---

[1]) Das Gegentheil bestimmt das preuß. A. L. R. I, 12 § 274, dessen Vorschrift sich gegen l. 17 § 3 D. 28, 5 richtet (vergl. Dernburg § 129 Anm. 20).

[2]) Vergl. z. B. sächs. G. B. § 2183; Mommsen § 137.

nisses oder die Auflage zur Ueberlassung des Gegenstandes an den Bedachten im Wege der Auseinandersetzung gewollt ist. Noch weniger als eine Auslegungsregel würde eine zwingende Vorschrift sich rechtfertigen lassen, durch welche die Erforschung eines abweichenden Willens des Erblassers ausgeschlossen wird.

§ 1796.

9. Gemeinschaftlicher Erbtheil.

Der § 1796 wendet sich zu dem gemeinschaftlichen Erbtheile mehrerer Erben. Die Begriffsbestimmung des gemeinschaftlichen Erbtheiles dahin „sind von mehreren Erben einzelne zusammen auf einen und denselben Bruchtheil eingesetzt" macht erkennbar, daß mehrere Erben neben einem oder mehreren anderen zu einem und demselben Bruchtheile der Erbschaft eingesetzt sein müssen; sie entspricht dem überwiegend geltenden Rechte[1]). Ihre Aufnahme erscheint angemessen, mit Rücksicht auf das wichtige Institut der Anwachsung.

Auch die Vorschrift entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte, daß dasjenige, was in Ansehung der mehreren Erben in den §§ 1792—1795 wegen des Theilungsverhältnisses bestimmt ist, auf die zu einem gemeinschaftlichen Erbtheile Berufenen entsprechend anzuwenden ist. Die Einsetzung auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil bleibt immer eine Erbeinsetzung auf Bruchtheile.

Dagegen sind weitere Vorschriften über den gemeinschaftlichen Erbtheil an dieser Stelle nicht aufgenommen.

Verbindung in einem Satze.

Insbesondere ist nicht mit dem röm. Rechte[2]) und dem sächs. G. B. § 2171 bestimmt, daß eine Einsetzung zu einem gemeinschaftlichen Erbtheile anzunehmen sei, wenn Mehrere neben anderen in gesonderten Sätzen Eingesetzten von dem Erblasser in einem Satze ohne Theilbestimmung benannt sind. Mit dem preuß. A. L. R. und anderen Rechten ist hiervon abgesehen, weil nur in der Sprache der Römer eine solche Verbindung mehrerer Erben in einem Satze ein technischer Ausdruck für den entsprechenden bestimmten Willen des Erblassers geworden ist, während eine solche Annahme für die deutsche Sprache und die bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen übliche Ausdrucksweise keineswegs zutrifft. Die Verbindung der Einsetzung mehrerer Erben in einem Satze für sich neben anderen in gesonderten Sätzen ausgesprochenen Erbeinsetzungen gestattet keineswegs den sicheren Schluß, daß die in einem Satze Verbundenen auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil im Sinne des § 1796 eingesetzt sein sollen. Eher könnte in Frage kommen, ob nicht bei einer Aufführung der Erben unter besonderen Ziffern ein besonderes Gewicht auf die Verbindung unter einer Ziffer zu legen sein würde[3]).

---

[1]) Vergl. Windscheid § 551 Anm. 2; Dernburg § 129 Anm. 7 ff.; Eccius § 251 bei Anm. 77; Unger § 15 Anm. 7—9.

[2]) Vergl. Windscheid § 551 Anm. 2; Roth § 309 Anm. 6.

[3]) Vergl. Unger § 15 Anm. 7; Dernburg § 129, insbesondere bei Anm. 9; Mommsen S. 233, 234.

Der Einsetzung Mehrerer unter einer Gesammtbezeichnung[1]) kann ebensowenig mit einiger Sicherheit der Wille des Erblassers entnommen werden, daß die unter einer Gesammtbezeichnung Begriffenen auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil eingesetzt sein sollen.

Gesammtbezeichnung.

§§ 1797—1799.

Mit der Anwachsung und deren Folgen beschäftigen sich die §§ 1797 bis 1799.

10 Anwachsung.

§ 1797.

Der Entwurf behandelt die Lehre von der Anwachsung an dieser Stelle. Wegen der Anwachsung bei dem Erbeinsetzungsvertrage vergl. zum § 1946. Weshalb von der Anwachsung bei der gesetzlichen Erbfolge nicht die Rede sein wird, ist in der Begründung des § 1972 dargelegt. Wegen der Anwachsung bei Vermächtnissen vergl. die §§ 1870—1872. Nachdem der Grundsatz „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest" verlassen ist (vergl. zum § 1751 S. 4 und zum § 1790 S. 63), vereinfacht sich die Anwachsung wesentlich. Die Thatsache des Mitberufenseins allein ist nicht mehr maßgebend[2]). Darüber, ob die gesetzliche Erbfolge neben der letztwilligen Verfügung und inwieweit sie eintreten soll, kann allein der Wille des Erblassers entscheiden (vergl. Kreittmayr zu bayr. L. R. III, 1 § 16 Nr. 1; Suarez in v. Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 79, u. A.). Der Wille des Erblassers kann aber in verschiedener Weise berücksichtigt werden. Möglich wäre es, davon auszugehen, die Berücksichtigung finde nur statt, wenn der Erblasser die Anwachsung erkennbar gewollt hat. Damit würden der Anwachsung sehr enge Grenzen gezogen sein. Der Regel nach denkt der Erblasser überhaupt nicht daran, daß einer der eingesetzten Erben wegfallen könne. Indessen ist diese enge Auffassung nicht unvertreten[3]).

a) Voraussetzung und Wirkung.

Es ergeben sich aber auch, wenn davon ausgegangen würde, nicht selten Folgen, von denen mit Sicherheit anzunehmen ist, daß der Erblasser sie nicht gewollt hätte, wenn er den Wegfall eines der eingesetzten Erben sich vergegenwärtigte.

Richtiger erscheint es daher, auf die muthmaßliche Willensmeinung des Erblassers zu sehen, und die Anwachsung, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen sie als vernünftiger Weise gewollt anzunehmen ist, nur dann nicht eintreten zu lassen, wenn der Erblasser darüber keinen Zweifel gelassen hat, daß er die Anwachsung ausschließen wollte (Abs. 1). Dies entspricht der Mehrzahl der geltenden Rechte. Auf der gleichen Auffassung beruhen die §§ 1870—1872.

---

[1]) Windscheid § 551 Anm. 2; Roth § 309 Anm. 61; sächs. G. B. § 2175; Mommsen § 140.

[2]) Vergl. Windscheid §§ 534, 603, 604.

[3]) Vergl. in Ansehung der Militärtestamente Windscheid § 604 Anm. 7; thüring. Erbgesetze, Heimbach § 266.

Ablehnung verschiedener Auffassungen.

Hat der Erblasser über den ganzen Nachlaß durch Einsetzung mehrerer Erben verfügt, so liegt der Gedanke nahe, daß die gesetzlichen Erben jedenfalls ausgeschlossen sein sollen. Diesen Gedanken führt das preuß. A. L. R. rein durch (vergl. I, 12 §§ 281—287, 254 ff.), ebenso das württemb. Recht, Stein §§ 122 ff., und einige Rechte beschränkten Geltungsgebietes. Verschiedene andere Rechte, z. B. sächs. G. B. §§ 2269—2272, österr. G. B. §§ 560—562, hess. Entw. Art. 134, Mommsen §§ 234, 235, 237 Abs. 2, beschränken hingegen die Anwachsung auf den Fall, daß die Erbeinsetzung ohne Theilbestimmung unter den Miterben erfolgte. Einige der letzteren Gesetzgebungen räumen den Miterben auch dann noch das Anwachsungsrecht ein, wenn sie auf unbestimmte Theile eingesetzt sind, mögen auch Einzelnen bestimmte Bruchtheile angewiesen sein, während diesen letzteren das Anwachsungsrecht versagt wird. Fast alle diese Gesetzgebungen bestimmen aber, die Einsetzung „zu gleichen Theilen" sei als Einsetzung ohne Theilbestimmung anzusehen.

Für die Auffassung, daß, wenn der Erblasser zwar über den ganzen Nachlaß verfügt, die Erben jedoch nur auf bestimmte Bruchtheile eingesetzt hat, Anwachsung nur dann einzutreten habe, wenn diese von dem Erblasser erkennbar gewollt ist, läßt sich Folgendes geltend machen: In der Festsetzung der Bruchtheile sei die Willenskundgebung des Erblassers ersichtlich, daß jeder der Eingesetzten nur dasjenige erhalten solle, was ihm von dem Erblasser bestimmt sei. Wenn trotzdem Anwachsung Platz greifen solle, so müsse ein besonderer Anhalt dafür, daß die Anwachsung nicht ausgeschlossen sein solle, hinzutreten. Eine Verfügung über den ganzen Nachlaß liege zwar auch dann vor, wenn die den einzelnen Erben bestimmten Bruchtheile den Nachlaß erschöpfen; aber die Verfügung über das Ganze stehe alsdann unter der Voraussetzung, daß die auf Bruchtheile eingesetzten Erben wirklich Erben werden. Falle der eine oder der andere der eingesetzten Erben weg, so sei so weit über den Nachlaß nicht verfügt; trete ein solcher Fall ein, so bewende es bei der gesetzlichen Erbfolge. Wenn der Entwurf im § 1871 Abs. 2 in Ansehung des Vermächtnisses anders bestimme, so könne darauf für die Erbschaft kein Gewicht gelegt werden, weil die Beurtheilung sich anders gestalte, wenn der Erblasser mehrere Personen mit einem und demselben Gegenstande bedacht habe; in dem Bedenken mit demselben Gegenstande, wenn auch nach Bruchtheilen, liege bereits der auf die Anwachsung gerichtete Wille des Erblassers ausgedrückt.

Diese Gründe erscheinen indessen nicht durchgreifend. Die Folge einer derartigen Regelung würde sein, daß der Bruchtheil, welcher dem Bedachten zugedacht war, den gesetzlichen Erben zufällt. Der Erblasser, welcher im Wege der Erbeinsetzung über seinen ganzen Nachlaß verfügt, will aber jedenfalls, daß die gesetzlichen Erben seinen Nachlaß nicht erhalten sollen. Der Umstand, daß der Erblasser die Bruchtheile, welche den einzelnen Erben zukommen sollen, verschieden bestimmt oder besonders bezeichnet hat, läßt den Schluß auf eine abweichende Willensrichtung desselben um so weniger zu, als die Einsetzung ohne Bestimmung von Bruchtheilen nach dem § 1792 wie die Einsetzung mit Bestimmung gleicher Bruchtheile wirkt.

Möglich ist ferner die Auffassung, daß, wenn der Erblasser mehrere Erben auf je einen Bruchtheil eingesetzt, in Ansehung des übrigen Nachlasses

aber es bei der gesetzlichen Erbfolge belassen hat, auch dann Anwachsung Platz greifen solle, wenn die Einsetzung eines oder mehrerer Erben unwirksam sei oder werde, also nicht lediglich dann, wenn der Erblasser mehrere Erben auf den ganzen Nachlaß oder auf einen Bruchtheil desselben als gemeinschaftlichen Erbtheil eingesetzt habe. Der Entwurf geht nicht von dieser Auffassung aus. Es läßt sich nicht rechtfertigen, anzunehmen, der Erblasser habe die Anwachsung auch dann gewollt, wenn und soweit eine solche Einsetzung mehrerer Erben vorliegt, ohne daß eine nähere Verbindung der Eingesetzten besteht. Hat der Erblasser über den Nachlaß verfügt, ohne diesen zu erschöpfen, sodaß die gesetzlichen Erben nicht völlig ausgeschlossen sind, so erhellt nicht ohne Weiteres sein Wille, es solle der Bruchtheil des oder der Weggefallenen der eingesetzten Erben eher den übrigen eingesetzten Erben als den gesetzlichen Erben zugewendet sein. Vielmehr weist die Einsetzung auf Bruchtheile auf das Gegentheil hin. Ist z. B. verfügt: A sei mein Erbe zu einem Drittel, B mein Erbe zu einem Drittel, so liegt es näher, wenn A wegfällt, anzunehmen, die gesetzlichen Erben sollen das Drittel des A erhalten, als B solle zu zwei Drittheilen eingesetzt sein.

Entwurf.

Diese Gedanken bringt der erste Absatz zum Ausdrucke, indem er die Dispositivvorschrift giebt, welche sich auf den anzunehmenden Willen des Erblassers stützt, daß, wenn mehrere Erben schlechthin, d. h. ohne Bestimmung von Bruchtheilen, eingesetzt sind, oder wenn die Erben zwar auf Bruchtheile eingesetzt sind, diese aber das Ganze erschöpfen oder übersteigen (vergl. § 1793), davon auszugehen ist, es liege für jeden Erben eine eventuelle Einsetzung auf das Ganze vor. Die Fassung „in der Weise eingesetzt, daß die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen ist" ist mit Rücksicht auf den § 1798 ausreichend, um dies erkennbar zu machen. Die Worte „ist oder wird unwirksam" decken auch den Fall, in welchem die Einsetzung eines Miterben ungültig ist (vergl. § 1751 Abs. 2).

Gemeinschaftlicher Erbtheil.

Der zweite Absatz bestimmt die entsprechende Anwendung des ersten Absatzes für den Fall, daß zu einem Bruchtheile der Erbschaft mehrere Erben schlechthin, d. h. ohne Bestimmung von Unterbruchtheilen oder unter Bestimmung solcher Unterbruchtheile, welche den ganzen den mehreren Erben bestimmten Bruchtheil erschöpfen oder übersteigen, zusammen berufen sind. In einem solchen Falle liegt ein gemeinschaftlicher Erbtheil im Sinne des § 1796 vor. Damit wird die engere Anwachsung in der Weise geregelt, daß der gemeinschaftliche Erbtheil der ganzen Erbschaft gleichgestellt wird. Die Fassung läßt darüber keinen Zweifel, daß die Voraussetzungen des § 1796 vorliegen müssen. Diese engere Anwachsung ist dem geltenden Rechte entsprechend geregelt; nur wird dort vielfach, wie bei der Anwachsung überhaupt, verlangt, daß die Einsetzung ohne Anweisung der Theile oder zu gleichen Theilen erfolgt sei.

Beschränkung.

Der dritte Absatz befaßt sich mit dem Falle, daß alle eingesetzten Erben auf Bruchtheile der Erbschaft eingesetzt sind, ohne daß die Bruchtheile das Ganze erschöpfen. Falls nicht der Wille des Erblassers erhellt, daß die Eingesetzten die alleinigen Erben sein sollen, soll, wenn einer der eingesetzten Erben wegfällt, Anwachsung nur insofern eintreten, als der Wegfallende und andere Erben auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil eingesetzt sind. Es handelt sich um

einen Folgesatz, welcher indessen kaum selbstverständlich ist und jedenfalls zu einer wesentlichen Vereinfachung führt, auch dem anzunehmenden Willen des Erblassers entsprechen dürfte.

Einsetzung auf das Ganze nicht erschöpfende Bruchtheile ꝛc.

Dagegen enthält der Entwurf keine dem § 2271 des sächs. G. B. (vergl. Mommsen § 237 Abs. 2) entsprechende Vorschrift. Sind einige Erben auf bestimmte Bruchtheile eingesetzt, ohne daß diese das Ganze erschöpfen, andere Erben aber ohne Beschränkung auf Bruchtheile eingesetzt, so soll nach dem sächs. G. B., sofern nicht die Vorschriften des § 1797 Abs. 2, 3 Platz greifen, nur denjenigen Erben anwachsen, welche ohne Beschränkung auf Bruchtheile eingesetzt sind. Hierfür läßt sich geltend machen, es entspreche dem anzunehmenden Willen des Erblassers, daß die ohne Bezeichnung von Bruchtheilen eingesetzten Erben auf Alles, was übrig bleibt, eingesetzt seien, daß sie demgemäß auch dasjenige zu erhalten hätten, was durch Wegfallen eines Miterben frei werde. Scheide ein nicht auf einen Bruchtheil eingesetzter Erbe aus, so lasse sich nicht annehmen, daß der Wille des Erblassers dahin gegangen sei, es sollten ausschließlich die ohne Bruchtheil eingesetzten Erben eintreten, weil der Erbtheil, welcher den ohne Bestimmung eines Bruchtheiles Eingesetzten zugewiesen sei, sich als ein gemeinschaftlicher Erbtheil darstelle. Allein, wenn auch die Entscheidung des zweiten Falles gerechtfertigt erscheinen kann, so unterliegt doch die Entscheidung des ersten Falles nicht von der Hand zu weisenden Zweifeln. Das röm. Recht entscheidet anders (l. 63 D. 28, 5)[1]).

Es ist aber überhaupt nicht rathsam, Vorschriften in dieser Richtung zu geben und damit das Gebiet der Kasuistik zu betreten. In den seltenen hier in Betracht kommenden Fällen wird in der Regel die zu entscheidende Frage die sein, ob engere Anwachsung als gewollt anzunehmen ist. Diese Frage zu beantworten, kann der Prüfung des einzelnen Falles überlassen bleiben. Der Entwurf hat sich auf die Aufstellung des für die engere Anwachsung maßgebenden Grundsatzes beschränkt. In Ansehung des Vermächtnisses enthält sich der Entwurf ebenfalls einer besonderen Entscheidung für den bezeichneten Fall, obschon auch dort in Gemäßheit des § 1846 der § 1795 Anwendung findet.

§ 1798.

b) Ausschließung durch den Erblasser;

Indem ausgesprochen wird, der Erblasser könne die Anwachsung ausschließen, wird klar, daß es sich im § 1797 nur um eine Dispositivvorschrift handelt. Dies entspricht der Mehrzahl der geltenden Rechte, während nach gemeinem Rechte die Ausschließung nicht gestattet ist[2]).

Daß die Anwachsung dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß der Erblasser die Antheile der einzelnen Erben an der ganzen Erbschaft oder an einem Bruchtheile bestimmt hat, ergiebt sich schon aus dem § 1797. Daß dieser Satz für die Anwachsung bei Vermächtnissen im § 1871 ausdrücklich aus-

[1]) Vergl. Windscheid § 604 Anm. 4; Roth § 378 Anm. 35.

[2]) Windscheid § 603; — vergl. hingegen preuß. A. L. R. I, 12 § 285, Dernburg § 130 Anm. 8, Eccius § 272 bei Anm. 29; Unger § 38 Anm. 4 a. E.; sächs. G. B. § 2276; Mommsen § 238.

gesprochen wird, beruht darauf, daß dort von Antheilen an dem vermachten Gegenstande die Rede ist.

Das Verhältniß der Anwachsung zur Ersatzerbeinsetzung wird (Satz 2), in Uebereinstimmung mit den meisten geltenden Rechten[1]), dahin geregelt, daß das Recht aus der Einsetzung als Ersatzerbe dem Anwachsungsrechte vorgeht. Das sächs. G. B. § 2192, welchem Mommsen in § 152 mit Modifikationen folgt (dessen Mot. S. 240, 241), bestimmt eine Ausnahme, falls für mehrere ohne Angabe des Bruchtheiles Eingesetzte ein Ersatzerbe eingesetzt ist. Eine Vorschrift für diesen Fall ist entbehrlich; es handelt sich um eine Willensauslegung für besonders geartete Anordnungen.

im Wege der Ersatzerbeinsetzung.

§ 1799.

Die Nothwendigkeit einer Vorschrift für den Fall, daß der angewachsene Erbtheil mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert ist, ergiebt sich aus den §§ 2036, 2037, nach welchen die Ausschlagung oder Annahme der Erbschaft nicht mit Beschränkungen oder für einen Theil erfolgen kann und die Anwachsung demgemäß ohne den Willen desjenigen, welcher seinen Theil angenommen hat, erfolgt, in Verbindung mit den §§ 1876, 1886, nach welchen das Vermächtniß oder die Auflage nicht mit dem Wegfalle des Beschwerten wegfällt, vielmehr derjenige als beschwert anzusehen ist, welchem der Wegfall des Beschwerten zu statten kommt.

c) Beschwerung des angewachsenen Erbtheiles.

Daß derjenige, welchem angewachsen ist, nur beschränkt haftet, ist im gemeinen Rechte nicht unbestritten[2]). Eine beschränkte Haftung wird hingegen angenommen für das preuß. A. L. R. wegen I, 12 § 287[3]), während das sächs. G. B. § 2275 und Mommsen § 243 sich begnügen, den Satz aufzunehmen: res transit cum suo onere. Aehnlich das österr. G. B. § 562. Nur durch eine Vorschrift, wie sie der Entwurf giebt[4]), kann die Härte der zweckmäßigen Vorschrift, daß der angewachsene Theil nicht für sich ausgeschlagen werden darf[5]), in angemessener Weise gemildert werden. Dem Willen des Erblassers widerspricht die Entscheidung nicht; dies erhellt daraus, daß der Erblasser die Lasten nur auf den Erbtheil gelegt hatte.

Die Vorschrift ist anzuwenden, mögen alle oder einzelne Erben beschwert sein, nicht lediglich dann, wenn die vorhandenen mehreren Erben sämmtlich mit einem Vermächtnisse oder einer Auflage beschwert sind. Dies bringt die Fassung zum Ausdrucke. Praktisch wird voraussichtlich der Hauptfall der sein, daß nur einzelne Erben beschwert sind.

---

[1]) Windscheid § 603 Anm. 10; Roth § 378 Anm. 8; preuß. A. L. R. I, 12 § 281, Dernburg § 130 Anm. 10, Eccius § 272 Anm. 30; Unger § 38 Anm. 3; Mommsen § 263 Abs. 1 (dessen Mot. S. 294).

[2]) Windscheid § 653, insbesondere Anm. 5; Roth § 328 Anm 76.

[3]) Vergl. Dernburg § 130 Anm. 14, 15, Eccius § 272 Anm. 27.

[4]) Vergl. hess. Entw. Art. 290 Abs. 2 mit Art. 236.

[5]) Vergl. Striethorst's Arch. Bd. 23 S. 147.

Das Gleiche muß auch dann gelten, wenn der Erbtheil desjenigen, welchem der Wegfall eines Miterben zu statten kommt, mit Vermächtnissen oder Auflagen überschwert ist. Jeder Vermächtnißnehmer kann Befriedigung lediglich aus dem Erbtheile verlangen, welcher mit dem Vermächtnisse belastet ist. In gleicher Weise verhält es sich mit den beschwerenden Auflagen.

Der Entwurf spricht im Singular „mit welchen der Erbe.... beschwert ist", weil auch bei einer Beschwerung mehrerer oder aller Erben immer der einzelne Erbe pro rata beschwert ist und daher nur von dem Erben zu reden ist.

§§ 1800—1803.

II. Einsetzung als Ersatzerbe.

Die Stellung der Vorschriften macht erkennbar, daß auch auf die Einsetzung als Ersatzerbe im Allgemeinen die Vorschriften über Erbeinsetzung anzuwenden sind.

§ 1800.

1. Zulässigkeit.

Die Begriffsbestimmung der Ersatzerbeinsetzung (Abs. 1) und zwar in der Ausdehnung „wenn die Einsetzung des zunächst eingesetzten Erben unwirksam ist oder unwirksam wird", ist erforderlich, um klarzustellen, welche Art von Substitution gemeint ist, wenn das Gesetz sich des Ausdruckes „Ersatzerbe" bedient. Der Entwurf weicht von dem geltenden Rechte[1]) insofern ab, als er nicht allein den Wegfall des Eingesetzten durch dessen Tod vor dem Erblasser oder durch dessen Erbschaftsausschlagung, sondern auch die Fälle der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Einsetzung, auch die Anfechtbarkeit wegen Erbunwürdigkeit (vergl. § 2046) nach seinem Sprachgebrauche (vergl. § 1787 mit §§ 112, 108) einbezieht. Ein hinreichender Grund zu einer Beschränkung besteht nicht, zumal der Erblasser selbstverständlich nicht behindert ist, die Ersatzerbeinsetzung nur für bestimmte Fälle anzuordnen, also gerade die zuletzt bezeichneten Fälle auszuschließen. Hat der Erblasser diese Fälle nicht ausdrücklich ausgenommen, so bleibt es immerhin noch eine Thatfrage, ob die Ersatzerbeinsetzung auch für die Fälle der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit der Erbeinsetzung gemeint ist, oder ob eine nach allgemeinen Vorschriften (§ 137) zu beurtheilende bedingte Erbeinsetzung anzunehmen ist. Ergiebt sich aber, daß eine Ersatzberufung wirklich gewollt ist, so steht der Anerkennung dieses Willens nichts entgegen.

Vorzuschreiben, eine Ersatzerbeinsetzung sei auch für den Fall zulässig, daß ein gesetzlicher Erbe wegfällt, ist nicht erforderlich. In dem bezeichneten Falle liegt stets eine bedingte Erbeinsetzung vor. Im Einzelfalle kann die Auslegung gerechtfertigt sein, der gesetzliche Erbe solle eingesetzt sein; dann handelt es sich um eine wirkliche Ersatzerbeinsetzung.

---

[1]) Windscheid § 557 bei Anm. 1; Roth §§ 311, 312; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 50, 51, Dernburg § 155, Eccius § 251 bei Anm. 85; österr. G. B. §§ 604, 605, Unger § 19 Anm. 4; code civil Art. 898; sächs. G. B. § 2187; Mommsen § 148 Abs. 1; hess. Entw. Art. 44.

Eine Verdeutlichung, daß der Ersatzerbe auch dann einzutreten hat, wenn der zunächst eingesetzte Erbe rechtzeitig ausschlägt, ist nicht erforderlich. Bedeutung würde eine solche Entscheidung vorzugsweise für den Fall haben, daß der Ersatzerbe nach dem Erbfalle, aber vor der Ausschlagung seitens des zunächst Eingesetzten verstirbt. Für diesen Fall genügt die Vorschrift des § 2042 in Ansehung der Wirkung der Ausschlagung und der Rückbeziehung der Wirkung auf den Eintritt des Erbfalles, so daß ein Unwirksamwerden der Erbeinsetzung im Sinne des ersten Absatzes vorliegt.

Weitere Ersatzerben.

Daß im Falle einer weiteren Ersatzerbeinsetzung an Stelle des Ersatzerben eine Beschränkung nicht besteht, stellt der zweite Absatz klar. Das Bedürfniß einer solchen Vorschrift ergiebt sich daraus, daß der Satz „substitutus substituto est substitutus instituto“ nicht aufgenommen ist (vergl. zum § 1803).

§ 1801.

2. Auslegung.

Die Auslegungsregel, daß, wenn der Erblasser nur von dem Falle gesprochen hat, „daß der zunächst eingesetzte Erbe nicht Erbe sein kann“ oder nur von dem Falle, „daß derselbe nicht Erbe sein will“, dennoch davon auszugehen ist, beide Fälle hätten getroffen werden sollen, entspricht nach der herrschenden Ansicht dem gemeinen Rechte und den meisten neueren Rechten[1]). Der code civil schweigt hierüber. Das Gegentheil bestimmen das österr. G. B. § 605 und der hess. Entw. Art. 155. Die Vorschrift des Entwurfes dürfte dem muthmaßlichen Willen des Erblassers zumeist entsprechen, welcher, wenn er lediglich für einen Fall bestimmt, in der Regel sich nur im Ausdrucke vergriffen haben wird. Die Motive des hess. Entw. S. 105 stützen die gegentheilige Entscheidung darauf, der Erblasser hätte sich leicht eines anderen Ausdruckes bedienen können, wenn er eine Einschränkung nicht wollte. Der Grund beweist zu viel, denn dann wären Auslegungsregeln überhaupt nicht aufzunehmen.

Da es sich nur um eine Auslegungsregel handelt, ist es entbehrlich, hervorzuheben, daß der Erblasser dennoch die Ersatzerbeinsetzung auf bestimmte Fälle der Unwirksamkeit der ersten Einsetzung beschränken kann. Schweigt der Erblasser darüber, daß er nur für einen besonderen Fall einen Ersatzerben einsetzen wollte, so wird sich daraus allein eine beschränkende Auslegung nicht herleiten lassen.

§ 1802.

3. Einsetzung als Nacherbe.

Die Auslegungsregel, daß, wer als Nacherbe eingesetzt ist, auch als Ersatzerbe eingesetzt sei (Abs. 1), entspricht dem überwiegend geltenden Rechte[2]); sie wird auch in der großen Mehrzahl der Fälle als zutreffend anzuerkennen sein und nicht etwa lediglich dann, wenn ein Nacherbe auf den Zeitpunkt des

---

[1]) Windscheid § 557 Anm. 4, 5; preuß. A. L. R. I, 12 § 52, Dernburg § 155 Anm. 12, 13, Eccius § 251 Anm. 93; sächs. G. B. § 2189; Mommsen § 49.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 58, Eccius § 251 Anm. 94, Dernburg § 156 Anm. 9; österr. G. B. § 608, Unger § 19 Anm. 5; Mommsen § 463 Abs. 1; hess. Entw. Art. 160.

Todes des Vorerben eingesetzt ist. Die allgemeine Fassung bringt zugleich zum Ausdrucke, daß der als Ersatzerbe einrückende Nacherbe den Anwachsungsberechtigten vorgeht. Auszusprechen, die Vorschrift finde dann nicht Anwendung, wenn eine zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht empfangene Person als Nacherbe eingesetzt wurde, ist entbehrlich im Hinblicke auf den § 1758. Aus demselben geht dies zur Genüge hervor, wenn berücksichtigt wird, daß die Ersatzerbeinsetzung den allgemeinen Vorschriften über die Erbeinsetzung unterliegt. Daraus, daß nach dem § 1758 Abs. 2 die Erbeinsetzung einer zur Zeit des Erbfalles noch nicht empfangenen Person in eine Nacherbeinsetzung umgedeutet wird, erhellt, daß die Nacherbeinsetzung einer solchen Person nicht als Ersatzerbeinsetzung wirksam werden kann.

Im Zweifel gemeine Substitution.

Die weitere Auslegungsregel, daß, wenn zweifelhaft ist, ob die Einsetzung als Ersatzerbe oder als Nacherbe gewollt sei, für die erste Alternative zu entscheiden sei (Abs. 2)[1]), findet ihre Rechtfertigung darin, daß Belastungen eines Eingesetzten, also auch die Belastung mit einer Nacherbschaft, im Zweifel nicht anzunehmen sind. Zudem wird damit der Annahme einer Nacherbeinsetzung, welche an sich nicht zu begünstigen ist, in solchen Fällen entgegengewirkt, in welchen eine Nacherbeinsetzung nicht unzweifelhaft gewollt ist. Selbstverständlich hat die Auslegungsregel nicht die Bedeutung, daß, falls die Vorschrift zur Anwendung kommt, die von dem Erblasser gewollte Bedingung oder Zeitbestimmung wegfällt.

Eine Auslegungsregel für den Fall der Einsetzung eines Ersatzerben unter Beifügung eines Anfangstermines, von welchem es gewiß ist, daß, aber ungewiß ist, wann er eintritt, dahin, es sei im Zweifel anzunehmen, der Ersatzerbe trete auch dann an die Stelle des eingesetzten Erben, wenn der Eingesetzte den Eintritt des Termines nicht erlebe, ist nicht aufgenommen. Abweichend von dem zum § 1761 dargelegten Standpunkte für einen einzelnen Fall den dies certus an, incertus quando mit der Bedingung gleichzustellen, wäre nicht angemessen. Erreicht würde damit, daß in dem bezeichneten Falle der nach dem § 141 regelmäßig eintretende Uebergang auf die Erben des Eingesetzten zu Gunsten des Ersatzerben ausgeschlossen wäre. Ein Bedürfniß zu einer solchen, den Standpunkt des Entwurfes in bedenklicher Weise verdunkelnden Auslegungsregel kann nicht anerkannt werden. Die Umstände des einzelnen Falles müssen entscheiden, ob der bezeichnete Anfangstermin gegen die Regel nach dem erkennbaren Willen des Erblassers als Bedingung zu behandeln ist.

§ 1803.

4. Wechselseitige Ersatzerbeinsetzung.

Sind mehrere eingesetzte Erben als Ersatzerben für einander eingesetzt, so soll mit dem überwiegend geltenden Rechte[2]) angenommen werden, sie seien

---

[1]) Unger § 19 Anm. 6; Brinz § 430 Anm. 36, 37; preuß. A. L. R. I, 12 § 59, Eccius § 251 Anm. 95; österr. G. B. § 614.

[2]) Windscheid § 557 Anm. 8, 9; Roth § 312 Anm. 15; Dernburg § 155 bei Anm. 15, 16; Eccius § 251 S. 445; österr. G. B. § 607; sächs. G. B. § 2193; Mommsen § 153; hess. Entw. Art. 157; Unger § 19 Anm. 11.

in dem Verhältnisse als Ersatzerben eingesetzt, in welchem sie als Erben eingesetzt sind (Satz 1). Die Entscheidung, daß das Gleiche gelten soll, wenn für einen der Miterben die übrigen Miterben als Ersatzerben eingesetzt sind, stimmt überein mit dem sächs. G. B. § 2193 und mit Mommsen § 153.

Der Vorzug, welcher den auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil Eingesetzten eingeräumt ist (Satz 2), entspricht der Bedeutung der Einsetzung auf einen gemeinschaftlichen Erbtheil (vergl. § 1796)[1].

Die Vorschrift auf den Fall auszudehnen, daß von den mehreren Erben nur einige für einen oder mehrere Miterben als Ersatzerben eingesetzt sind[2], erscheint nicht zulässig, weil in diesem Falle eine Vermuthung nicht begründet ist, der Wille des Erblassers sei dahin gegangen, das für die Einsetzung angeordnete Theilverhältniß solle auch für die Ersatzerbeinsetzung maßgebend sein.

Ablehnung weiterer Auslegungsregeln.

Von weiteren Auslegungsregeln für den Fall der Ersatzerbeinsetzung hat der Entwurf abgesehen.

Eine Vorschrift für den weiteren Fall, daß neben den Miterben ein Dritter zum Ersatzerben berufen ist, ist weder erforderlich noch zweckmäßig. Das geltende Recht ist ein verschiedenes, — einerseits wird Kopftheilung angenommen[3], andererseits wird Ausscheidung eines Kopftheiles an den Dritten und Vertheilung des Restes nach dem Antheilverhältnisse der Einsetzung bestimmt[4]. Diese Verschiedenheit lehrt, daß jede Auslegungsregel bedenklich wäre. Es tritt hinzu, daß nicht selten die Auslegung am Platze sein wird, der Dritte solle den Antheil des Weggefallenen neben den anderen Ersatzerben in demselben Verhältnisse erhalten, in welchem der Weggefallene zu der Erbschaft berufen gewesen ist, dergestalt, daß, wenn z. B. der Weggefallene auf die Hälfte eingesetzt war, der Dritte von dieser Hälfte die eine Hälfte, die als Ersatzerben eingesetzten Miterben die andere Hälfte nach Maßgabe des Theilverhältnisses, in welchem sie zur Erbschaft berufen sind, erhalten sollen.

Die Frage, ob der als Ersatzerbe für einen Miterben eingesetzte Erbe, wenn er in Ansehung des ihm unmittelbar zugewendeten Erbtheiles nicht Erbe sein kann oder will, auch seinen Anspruch als Ersatzerbe verliert, erledigt sich durch die Vorschrift des § 2037.

Der Fall des § 538 preuß. A. L. R. I, 12, daß Jemand seinen zur Zeit der Testamentserrichtung kinderlosen Abkömmlingen Ersatzerben beruft, ist durch den § 1773 gedeckt.

Daß der Ersatzerbe die auf dem Erbtheile des eingesetzten Erben, an dessen Stelle er berufen ist, haftenden Auflagen und Lasten, soweit nicht ein Anderes letztwillig bestimmt oder der Natur der Sache zu entnehmen ist, zu übernehmen hat, wie von verschiedenen Rechten bestimmt ist[5], erscheint selbstverständlich.

---

[1]) Unger § 19 Anm. 11 a. E.; Brinz § 373 Anm. 14.

[2]) Windscheid § 557 Anm. 8.

[3]) Windscheid § 557 Anm. 9 a. E.; Unger § 19 Anm. 12 und österr. G. B. § 607; Dernburg § 155 bei Anm. 16; Mommsen § 153 Abs. 2.

[4]) Vergl. sächs. G. B. § 2193; hess. Entw. Art. 158.

[5]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 458, Eccius § 251 Anm. 102, Dernburg § 155 Anm. 17; österr. G. B. § 606; sächs. G. B. § 2191; Mommsen § 151.

Bedingung.

Darüber, ob eine der Erbeinsetzung beigefügte Bedingung im Zweifel auf den Ersatzerben gleichfalls zu beziehen ist, entscheidet das geltende Recht verschieden. Das gemeine Recht und viele ihm folgende Rechte[1]) verneinen es, das bayr. L. R. III, 3 § 10 Nr. 7 bestimmt das Gegentheil; in Ansehung des preuß. A. L. R. gehen die Ansichten auseinander[2]). Eine Auslegungsregel läßt sich nicht wohl aufstellen, weil die Fälle je nach dem Inhalte der Bedingung zu verschiedenartig gestaltet sind. Aus dem Grundsatze, daß der an die Stelle des Eingesetzten tretende Ersatzerbe die auf dem Erbtheile des Eingesetzten haftenden Auflagen und Lasten zu tragen hat, kann freilich nicht gefolgert werden, die der Erbeinsetzung beigefügten Bedingungen seien als der Ersatzerbeinsetzung beigefügt anzusehen. Allein, um diese Schlußfolgerung abzuwenden, ist eine Auslegungsregel nicht erforderlich; denn beide Verfügungen, die Erbeinsetzung und die Ersatzerbeinsetzung, sind selbständige Verfügungen. Die rechtsgeschäftliche Beschränkung der Erbeinsetzung durch Beifügung einer Bedingung darf daher nicht ohne besondere Anhaltpunkte aus dem Willen des Erblassers auf die Einsetzung des Ersatzerben bezogen werden. Daß aber die unter der Form der Bedingung nach dem erkennbaren Willen des Erblassers dem Erben gemachte Auflage nach dem vorgedachten Grundsatze auf den Ersatzerben übergeht, erscheint selbstverständlich.

Voraus-vermächtniß.

Von verschiedenen Rechtslehrern wird die Ansicht vertreten[3]), der Ersatzerbe habe auf das dem eingesetzten Erben zugewendete Vorausvermächtniß keinen Anspruch. Eine Vorschrift dieses Inhaltes findet sich nicht im geltenden Rechte und ist auch entbehrlich. In jedem einzelnen Falle muß geprüft werden, ob der Erblasser den Ersatzerben lediglich für den Erbtheil des Eingesetzten einsetzen oder ob er diesem auch das Vorausvermächtniß zuwenden wollte.

Mehrere Ersatzerben eines Erben rc.

Auszusprechen, daß der Erblasser an Stelle des eingesetzten Erben mehrere Ersatzerben und für mehrere eingesetzte Erben einen Ersatzerben einsetzen kann[4]), und daß in ersterem Falle die §§ 1792 ff. Anwendung finden, ist nicht erforderlich. Eine solche Vorschrift würde sogar bedenklich sein, nachdem davon abgesehen worden ist (vergl. S. 74), zu bestimmen, daß auf die Ersatzerbeinsetzung als bedingte Erbeinsetzung die Vorschriften über die Erbeinsetzung entsprechende Anwendung finden. Es könnte alsdann leicht den Anschein gewinnen, als solle hier etwas Besonderes bestimmt werden, sodaß damit jener Grundsatz verdunkelt werden würde. Unnöthig ist es ferner, hervorzuheben, daß mehrere für einen Erben eingesetzte Erben im Zweifel als mit einander, nicht als hinter einander eingesetzt anzusehen sind.

---

[1]) Vergl. Roth § 312 Anm. 9; Unger § 19 bei Anm. 1; sächs. G. B. § 2190; Mommsen § 150.

[2]) Vergl. Dernburg § 155 bei Anm. 18; Gruchot, Erbr. II S. 75 ff.; Eccius § 251 Anm. 102.

[3]) Vergl. Unger § 19 Anm. 9; Dernburg § 155; Arndts, Rechtslexikon S. 661; Gruchot II S. 75.

[4]) Vergl. Eccius § 251 S. 445; Dernburg § 155.

Weitere Ersatzerben.

Wer an eines Ersatzerben Stelle berufen ist, tritt für den weggefallenen Vormann als Erbe ein (substitutus substituto est substitutus instituto). Dieser Satz wird von einigen geltenden Rechten ausgesprochen[1]). Derselbe ist jedoch entbehrlich, denn nach den Denkgesetzen ergiebt sich mit Nothwendigkeit, daß der zweite Ersatzerbe auch als unmittelbarer Ersatzerbe des eingesetzten Erben zu gelten hat, wenn der in erster Reihe genannte Ersatzerbe in Wegfall kommt.

Mehrfach wird hieran der Satz angeknüpft, daß, wenn der weggefallene zuerst berufene Ersatzerbe auch als Erbe unmittelbar berufen war, der Ersatzerbe zugleich als Erbe eintrete (substitutus substituto substitutus huic quoque censetur qua instituto)[2]). Diese Entscheidung kann nicht einmal als Auslegungsregel als richtig anerkannt werden. Vielmehr ist der Wille des Erblassers nach den Umständen des einzelnen Falles zu erforschen und, wenn dies nicht ausreicht, die Entscheidung nach allgemeinen Grundsätzen zu treffen.

Dritter Titel.

Einsetzung eines Nacherben.

Vorbemerkung.

Aufnahme des Institutes.

Die Aufnahme des Institutes der Nacherbschaft gebietet die Rücksicht auf das geltende Recht. Schlechthin verboten ist dasselbe in keinem der in Deutschland geltenden Rechte. Selbst das franz. Recht (code civil Art. 896, 897, 1048—1074) gestattet die fideikommissarische Substitution den Eltern gegenüber den Kindern zu Gunsten der Enkel und kinderlosen Erblassern gegenüber ihren Geschwistern zu Gunsten der Kinder derselben (vergl. Zachariae §§ 589, 696, 697; Bauerband, Instit. § 194).

Konstruktion der geltenden Rechte.

Den Nachberufenen als Erben, den Vorberufenen als mit der Nutznießung des Nachlasses bedacht anzusehen, geht schon deshalb nicht an, weil dieser Weg versagt, sobald der Nachberufene bedingt eingesetzt ist, es müßten denn die gesetzlichen Erben als eigentliche Erben behandelt werden, während sie, falls die Bedingung eintritt, doch nicht Erben sein würden[3]). Aber auch der Versuch des älteren röm. Rechtes, dem Nachberufenen nur einen persönlichen Herausgabeanspruch zu geben oder die Analogie des Erbschaftskaufes zu Grunde zu legen, ist schon im röm. Rechte seit dem S. C. Trebellianum aufgegeben[4]).

---

[1]) Windscheid § 557 Anm. 10; Brinz § 373 Anm. 9; Roth § 312 Anm. 20; preuß. A. L. R. I, 12 § 56; österr. G. B. § 604; sächs. G. B. § 2194; hess. Entw. Art. 156 Abs. 2; Mommsen § 154.

[2]) Windscheid § 557 Anm. 11; Brinz § 373 Anm. 10, 11; Unger § 19 Anm. 10; sächs. G. B. § 2194; Mommsen § 154.

[3]) Vergl. Mommsen's Mot. S. 236, 237.

[4]) Windscheid §§ 659, 662 ff.; Brinz § 430.

Es bleibt nur übrig, entweder mit dem gemeinen Rechte dem Nachberufenen einen von dem Erwerbe des Erben abhängigen obligatorischen Anspruch auf Restitution der Erbschaft zu geben, mit der Wirkung, daß der Erstberufene auch nach erfolgter Restitution Erbe bleibt, aber in dieser Eigenschaft aktiv und passiv durch den Nachberufenen (als quasi heres, heredis loco) ausschließlich vertreten wird, oder das sog. Universalfideikommiß als einen unter zeitlicher Beschränkung des Rechtes des Vorerben von dem Erblasser selbst angeordneten unmittelbaren Eintritt des Nachberufenen an die Stelle des Vormannes, somit das Recht des Nacherben als ein zeitlich aufgeschobenes, von der Restitution durch den Vorberufenen unabhängiges, eigenes unmittelbares Recht zu behandeln. Dem gemeinen Rechte folgen nur die Entwürfe von Hessen (Art. 45, 171 Abs 1, Mot. S. 115, 116, unter förmlicher Einreihung der Anwartschaft als Erbensubstitution), und Mommsen (§§ 447, 456, 457, 463). Letzterer hat die formale Restitutionserklärung des gemeinen Rechtes beibehalten, die Vorschriften des letzteren über Erzwingung des Erbschaftsantrittes jedoch durch das Recht des Nachberufenen, an Stelle des Erben selbst anzutreten, ersetzt. Den zweiten Weg haben eingeschlagen das röm. Recht in Ansehung des Soldatentestamentes[1]), das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 53, 466—477, 480[2]), das österr. G. B. §§ 608—617[3]), das bayr. L. R. III, 2 § 19 Nr. 1, III, 9, nach Roth § 315 Anm. 8 das bayr. Recht überhaupt; ferner das sächs. G. B. §§ 2005, 2503—2524 mit 2426, und einige andere Rechte beschränkten Geltungsgebietes.

Entwurf. Der Entwurf folgt den letzteren. Dem Willen des Erblassers würde es offenbar widersprechen, wenn mit dem gemeinen Rechte die Wirksamkeit der Nachberufung von dem Erwerbe des Vormannes abhängig gemacht wurde. Das gemeine Recht hat zu künstlichen Abhülfemitteln greifen müssen, um die Folgen jener Abhängigkeit zu beseitigen[4]). Das Stellvertretungsverhältniß seitens des Nachberufenen ist praktisch werthlos und schafft eine unklare Lage[5]). Das gemeine Recht bedurfte desselben, um einsetzungsunfähigen Personen Zuwendungen zu machen. Dieser Grund besteht für den Entwurf mit Rücksicht auf die Ausdehnung der testamenti factio passiva nicht mehr.

Geltend gemacht wird, es sei nach den Regeln der Denkgesetze unmöglich, daß, wer einmal Erbe geworden ist, aufhöre, Erbe zu sein (semel heres, semper heres)[6]). Nach den Denkgesetzen ist aber nur ausgeschlossen, daß zwei Erben neben einander selbständig Erben auf das Ganze seien. Der Wechsel der Subjekte einer Erbschaft ist nur ausgeschlossen, wenn und soweit eine Vermischung der Vermögensmassen seitens des Erben erfolgt ist, wie sie nach dem älteren Rechte unbedingt eintrat, aber schon durch die von Justinian gewährte Inventarwohlthat theilweise ausgeschlossen ist.

---

1) Windscheid § 659 Anm. 2.

2) Vergl. Dernburg §§ 156, 157; Eccius § 251 bei Anm. 87, 88.

3) Vergl. Unger §§ 20, 48.

4) Windscheid § 666 Anm. 9, 10; Brinz § 430 Anm. 35.

5) Vergl. Windscheid §§ 667, 668; Brinz § 430 Anm. 18—28.

6) Vergl. Puchta, Pand. § 475, u. A.; auch Mommsen zu § 19 Mot. S. 145, 146; dagegen Unger § 20 Anm. 2; Bruns in v. Holtzendorff's Encykl. § 90 a. E.

Hauptgrundsätze des Entwurfes.

Der Entwurf beruht auf folgenden Hauptgrundsätzen: 1. Der gemeinrechtliche Grundsatz „semel heres, semper heres" wird nicht anerkannt. 2. Der Nacherbe erwirbt, wenn die Voraussetzungen für den Eintritt der Nacherbfolge eingetreten sind, die Erbschaft kraft des Gesetzes, ohne daß eine Restitution von Seiten des Vorerben erforderlich ist. 3. Zu einer wirklichen Nacherbschaft kann es nur kommen, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für den Eintritt der Nacherbfolge noch nicht erfüllt sind, wenn also nach dem Tode des Erblassers vor dem Uebergange der Erbschaft auf den Nacherben eine Zeit sich einschaltet, in welcher ein Anderer der Erbe (Vorerbe) ist. 4. Die Anordnung, daß der eingesetzte Erbe in einem bestimmten Zeitpunkte die Erbschaft an eine andere Person herausgeben solle (vergl. § 1805), wird dahin verstanden, daß der mit der Herausgabepflicht Beschwerte bis zu jenem Zeitpunkte Erbe sein, bei Eintritt des bestimmten Zeitpunktes aber durch eine andere Person in seiner Eigenschaft als Erbe abgelöst werden solle. 5. Die Einsetzung eines Vorerben ist nicht erforderlich (vergl. § 1808). In Ermangelung einer solchen Einsetzung sind die gesetzlichen Erben die Vorerben. 6. Die Anordnung einer Nacherbschaft ist Erbeinsetzung (vergl. die Ueberschrift des Titels) und steht deshalb im Allgemeinen unter den Vorschriften, welche für die Erbeinsetzung gelten und nicht etwa unter den Vorschriften, welche auf das Vermächtniß sich beziehen. 7. Die Einsetzung zum Nacherben kann nicht nur auf einen Zeitpunkt nach dem Tode des Erblassers, sondern auch unter einer aufschiebenden Bedingung geschehen (vergl. §§ 1804, 1808); jedoch kommt es in diesem Falle zu einer wirklichen Nacherbfolge dann nicht, wenn die Bedingung erfüllt ist, bevor der Vorerbe die Erbschaft erworben hat.

§ 1804.

I. Allgemeine Vorschriften.

1. Begriffsbestimmung.

In Ansehung der Terminologie folgt der Entwurf der neueren Theorie[1]), nicht dem sächs. G. B. §§ 2503 ff. und dem hess. Entw. Art. 163 ff., weil „Anwärter" anderweit in besonderem Sinne gebraucht wird, namentlich für das Familienfideikommiß. Nach den angenommenen Grundsätzen kann nicht von einem Erbschaftsvermächtnisse die Rede sein, weil ein Vermächtniß nicht vorliegt. Mit dem preuß. A. L. R. und dem österr. G. B., sowie dem code civil von Substitution zu sprechen, ist nicht rathsam, weil damit der Karakter des Verhältnisses nicht zutreffend bezeichnet ist.

Zulässigkeit.

Eine Vorschrift über die Zulässigkeit einer Nacherbeinsetzung kann mit Rücksicht auf den § 1760 entbehrlich erscheinen. Allein ohne eine solche Vorschrift möchten sich gegen die Wirksamkeit der Einsetzung aus dem besonderen Inhalte der beigefügten Bedingung oder Zeitbestimmung Zweifel dann erheben, wenn die bedingte oder betagte Einsetzung nach dem Tode des Erblassers einen Zeitraum offen läßt, während dessen der Eingesetzte noch nicht Erbe geworden ist. Zudem befindet sich die Vorschrift im Einklange mit dem § 1800.

---

[1]) Roth § 315; Dernburg § 158; Eccius § 275; Unger §§ 20, 48.

Das Besondere der Nacherbeinsetzung.

Das Besondere der Einsetzung als Nacherbe besteht darin, daß dieselbe dem Erfolge nach dazu führt, daß zwischen dem Tode des Erblassers und dem Erbewerden des Nacherben ein Zeitraum liegt, in welchem nicht dieser, sondern eine andere Person Erbe ist. Dieses Besondere bringt die Fassung des § 1804 zum Ausdrucke. Die bedingte, an ein Ereigniß geknüpfte Erbeinsetzung ist neben der betagten an einen Zeitpunkt geknüpften Erbeinsetzung erwähnt, weil auch diese das Erbewerden des Nacherben zeitlich hinausrückt; die Gleichstellung tritt deutlicher und der sonstigen Ausdrucksweise des Entwurfes entsprechender hervor, wenn beide Fälle neben einander erwähnt werden. Die Einsetzung einer zu Zeit des Erblassers noch nicht empfangenen Person (§ 1758 Abs. 2) wird durch die Fassung mitgetroffen, denn in einem solchen Falle ist die Anordnung des Erblassers nothwendig eine aufschiebend bedingte. Die Einsetzung als Nacherbe schließt nicht ein, daß ein Vorerbe eingesetzt sein muß (vergl. § 1808). Die Fassung läßt erkennen, daß der Nacherbe kraft des Gesetzes Erbe wird und diese Rechtsstellung nicht erst in Folge einer Restitution des Vorerben erlangt, zumal es sich dabei um bloße Schlußfolgerungen aus dem Grundsatze handelt, daß die Einsetzung als Nacherbe Erbeinsetzung ist.

Anfall der Nacherbschaft.

Die Erbschaft fällt dem Nacherben mit dem Eintritte der Nacherbfolge an, jedoch ganz nach den allgemeinen Regeln. Auf diesen Anfall hat der Nacherbe bereits ein Recht, während der Fall der Nacherbfolge noch in Schwebe ist, d. i. während der Dauer der Vorerbschaft. Das Recht erlangt der Nacherbe schon mit dem Eintritte des Erbfalles kraft des Gesetzes und gleichzeitig mit dem Erwerbe der Erbschaft durch den Vorerben, da der Vorerbe nur mit der dem Rechte des Nacherben entsprechenden Beschränkung erwirbt. Einer besonderen Vorschrift dieses Inhaltes bedarf es nicht.

Erlebt der Nacherbe nicht einmal den Eintritt des Erbfalles, so entfällt die Nacherbfolge und mit ihr das Recht auf den Anfall der Nacherbschaft zu Gunsten des Vorerben.

Erlebt hingegen der Nacherbe den Eintritt des Erbfalles, so erlangt er das Recht auf den späteren Anfall der Nacherbschaft als ein in der Regel festes, das heißt im Falle seines Todes vor dem Anfalle der Nacherbschaft vererbliches Recht (vergl. §§ 132, 141, 142), es hätte denn der Erblasser ein Anderes bestimmt, also bestimmt, der Nacherbe solle nur dann Nacherbe werden, wenn er auch den Eintritt des Falles der Nacherbfolge erlebe. Eine Anordnung der letzteren Art sieht der Entwurf im Zweifel insbesondere dann als getroffen an, wenn der Eintritt der Nacherbfolge von einer Bedingung abhängig gemacht ist (vergl. § 1761). Eine solche Anordnung ist alsdann so zu verstehen: wenn die Bedingung eintritt und der Nacherbe den Eintritt erlebt. Erlebt er in diesem Falle den Eintritt der Bedingung nicht, so entfällt mit seinem Tode die Nacherbfolge zu Gunsten des Vorerben, dieser wird unbeschränkter Erbe.

Alles dies drücken die Worte aus „hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein und fällt die Erbschaft dem Nacherben an". Daß damit der Anfall im Sinne des § 2025 gemeint ist, nicht der definitive Erwerb, erhellt aus der zum § 2025 begründeten Ausdrucksweise des Entwurfes, und der Verwendung des

technischen Ausdruckes „Anfall". Es wird noch verdeutlicht durch die Vorschrift des § 1810.

Zugleich tritt die völlige Unabhängigkeit des nacherbschaftlichen Rechtes von dem Erwerbe der Erbschaft seitens des Vorerben hervor[1]).

Ausschlagungsfrist.

Wird hiermit der Anfall an den Nacherben klargestellt, so bedarf es einer besonderen Vorschrift nicht, von wann ab dem Nacherben die Ausschlagungsfrist läuft, vielmehr genügen die Vorschriften des § 2030[2]). Daß der Nacherbe seinerseits die Erbschaft ausschlagen kann, ist ebenfalls selbstverständlich und deshalb hier nicht besonders hervorzuheben.

Einsetzung auf einen Theil der Erbschaft rc.

Mit einigen Gesetzgebungen (sächs. G. B. § 2509, Mommsen § 443) des Falles besonders zu gedenken, daß der Nacherbe nur auf einen Bruchtheil der Erbschaft oder des Erbtheiles des Vorerben eingesetzt ist, ist nicht erforderlich. Ist die Einsetzung eines Nacherben, wie sich aus der Stellung der Vorschriften und der Ueberſicht des Titels ergiebt, eine Erbeinsetzung, so versteht es sich von selbst, daß der Nacherbe auch auf einen Bruchtheil der Erbschaft oder des Erbtheiles eingesetzt werden kann (vergl. § 1750 Abs. 2).

§§ 1805, 1806.

2. Gleichgestellte Fälle.

Im geltenden Rechte finden sich Vorschriften darüber, in welchen Fällen eine Nacherbeinsetzung anzunehmen sei. Solche Vorschriften sind auch in den §§ 1805, 1806 gegeben, aber in beschränkter Zahl.

§ 1805.

a) Herausgabe der Erbschaft mit Eintritt eines Zeitpunktes rc.

Die dispositive Vorschrift, nach welcher die Auflage, die Erbschaft mit dem Eintritte eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses an einen Anderen herauszugeben, in eine Einsetzung desjenigen, an welchen die Herausgabe erfolgen soll, als Nacherben umzudeuten ist, umfaßt durch die Worte „der Erbe" auch den Fall, daß ein Vorerbe nicht eingesetzt ist; sie entspricht dem überwiegend geltenden Rechte. Ob und inwieweit der Vorschrift in gewisser Richtung eine zwingende Kraft beiwohne, wird nicht entschieden, die Lösung dieser Frage vielmehr, namentlich im Hinblicke auf die Seltenheit solcher Fälle, in welchen die Frage praktische Bedeutung gewinnen kann, der Wissenschaft und Praxis überlassen. Für die zwingende Kraft der Vorschrift läßt sich geltend machen, der Erblasser könne seine eigene Erbschaft nicht im Wege des Vermächtnisses vergeben, § 1749 Abs. 2. Schließe der Erblasser durch ausdrückliche Erklärung die Anwendbarkeit der Vorschrift aus, so werde dadurch der einzige Weg abgeschnitten, auf welchem die Herausgabe-Auflage zur Wirksam-

---

[1]) Vergl. Windscheid § 664; Brinz § 430 Anm. 33 ff.; Roth § 315 Anm. 111 ff.; Unger § 20 Anm. 3.

[2]) Vergl. für das geltende Recht Eccius § 275 Anm. 48; Dernburg § 159 Anm. 2; Entsch. d. R. G. Bd. 16 S. 43; — andererseits Unger § 48 Anm. 1 in Verbindung mit § 37 Anm. 2.

keit gelangen könne; die Anordnung werde daher hinfällig. Dagegen läßt sich einwenden: Wenn der Erblasser in dem bezeichneten Falle den Eintritt der Nacherbfolge ausgeschlossen hat, so ist zu untersuchen, was mit der Herausgabe-Auflage gemeint ist. Möglicherweise sollten dem Nächstberufenen ähnliche Verpflichtungen wie dem Verkäufer einer Erbschaft auferlegt werden, oder der Erblasser wollte vielleicht, der Nächstberufene solle den Reinwerth der Erbschaft herausgeben oder aber auch, es sollten alle einzelnen Aktiva des Nachlasses herausgegeben werden. Ein Vermächtniß zu verbieten, welches ohne ein solches Verbot wirksam sein würde, besteht kein durchschlagender Grund[1]).

Die Worte „mit dem Eintritte eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses" verdeutlichen, daß die Umdeutung in eine Einsetzung als Nacherbe nur zulässig ist, wenn der Nächstberufene nach dem Inhalte der letztwilligen Verfügung die Erbschaft erst einige Zeit von dem Eintritte des Erbfalles an behalten und nicht sofort herausgeben soll; sie weisen auf eine nothwendige Voraussetzung für die Zulässigkeit der Umdeutung hin. Zu bestimmen, im Falle der Auflage sofortiger Herausgabe gelte der eingesetzte Nacherbe als nächstberufener Erbe, würde nicht angemessen sein. In Frage könnte nur kommen die allgemeinere Vorschrift, daß eine Nacherbeinsetzung nicht vorliege, wenn der Zeitpunkt des Eintrittes der Nacherbfolge nicht durch einen zwischenliegenden Zeitraum von dem Zeitpunkte des Erwerbes des Nächstberufenen getrennt wird. Eine solche allgemeinere Vorschrift ist indessen entbehrlich. Vielmehr kommt es auf die Umstände des einzelnen Falles an, ob insbesondere eine Einsetzung als Erbe oder eine unverständliche oder sich widersprechende Verfügung vorliegt.

Sofortige Herausgabe.

Wie des Falles, daß der Nacherbe auf einen Bruchtheil eingesetzt ist, nicht besonders gedacht ist, S. 83, so ist auch hier der Fall, daß die Auflage nur die Herausgabe eines Bruchtheiles des Nachlasses betrifft, nicht besonders erwähnt. Auch würde es nicht rathsam sein, der Herausgabe-Auflage die Auflage, mit einem Anderen zu theilen, ausdrücklich gleichzustellen (sächs. G. B. § 2504; Mommsen § 444 Abs. 1), zumal eine solche Verpflichtung stets eine Verpflichtung zur Herausgabe, wenn auch nur einer theilweisen, in sich schließt. Die Erbeinsetzung kann gleichfalls in einer ähnlichen Weise geschehen, z. B. A. sei mein Erbe, A. soll mit B. die Erbschaft theilen. Ueber eine solche Erbeinsetzung enthält der Entwurf ebenfalls keine Vorschrift.

Herausgabe nur eines Bruchtheiles.

§ 1806.

b) Verbot, von Todeswegen zu verfügen.

Des Falles, daß der Erblasser dem eingesetzten Erben die Errichtung einer Verfügung von Todeswegen verboten hat, gedenken auch das österr. G. B. § 610, das sächs. G. B. § 2504 und Mommsen § 444 Abs. 1[2]).

---

[1]) Vergl. Windscheid § 663 Anm. 3; Brinz § 430 Anm. 2; preuß. A. L. R. I, 12 § 53, Dernburg § 156, Eccius § 251 bei Anm. 87, 88; sächs. G. B. §§ 2005, 2503; Unger § 20 Anm. 5; hess. Entw. Art. 163.

[2]) Vergl. Windscheid § 663 Anm. 1; Roth § 315 Anm. 14, 15.

Der Entwurf giebt eine Dispositivvorschrift, nicht eine Auslegungsregel, weil der Wille, wie er erklärt ist, zu einer Umdeutung dahin, daß die gesetzlichen Erben des Eingesetzten als Nacherben eingesetzt sein sollen, nicht führen kann, vielmehr der Wille durch das Gesetz umgedeutet und ergänzt werden muß. Die Vorschrift entspricht einem Bedürfnisse, da die vorausgesetzte inkorrekte Ausdrucksweise nicht selten vorkommt, in Ermangelung einer Vorschrift aber die letztwillige Anordnung nichtig sein würde. Der anzunehmende wirkliche Wille des Erblassers wird zur Geltung gebracht. Als zu Nacherben eingesetzt sind diejenigen Personen anzusehen, welche die gesetzlichen Erben des Eingesetzten sind. Für die Entscheidung, welche Erben die gesetzlichen sind, ist selbstverständlich der Zeitpunkt des Todes des eingesetzten Erben maßgebend; dies bedarf nicht der Hervorhebung.

Mit dem österr. G. B. zu bestimmen, daß das Verbot, von Todeswegen zu verfügen, gerade auf das von dem Erblasser dem Erben zugewendete Vermögen sich beziehen müsse, ist nicht erforderlich. Die Vorschrift würde dadurch in ihrer Wirkung beschränkt, während nicht zweifelhaft ist, daß der Erblasser nur dies gemeint haben wird, da er seinen Erben nicht in der Verfügung über den eigenen Nachlaß beschränken kann. Andererseits fehlt es an genügendem Anlasse, die Vorschrift auch auf den Fall zu erstrecken, daß der Erblasser einen Erben nicht eingesetzt hat. Der Entwurf spricht deshalb nur von einem Verbote gegenüber dem eingesetzten Erben.

Weitere Vorschriften.

Weitere Vorschriften der bezeichneten Art hat der Entwurf nicht aufgenommen. Solche finden sich im geltenden Rechte insbesondere:

I. für den Fall, daß der Erblasser angeordnet hat, der Nächstberufene solle eine andere Person auf das Empfangene (bezw. überhaupt) zum Erben einsetzen; vergl. sächs. G. B. § 2504; Mommsen § 444 Abs. 1.

Würde die Vorschrift auf die Einsetzung in Ansehung des Empfangenen beschränkt, so ist ziemlich klar, daß der Erblasser sich im Ausdrucke vergriffen hat, und wird daher eine Umdeutung der Auflage in eine Einsetzung als Nacherbe in den meisten Fällen den wirklichen Willen des Erblassers zur Geltung bringen. Die vorausgesetzte Inkorrektheit des Ausdruckes kommt aber nicht so häufig vor, daß eine umdeutende Vorschrift durch das praktische Bedürfniß gerechtfertigt wäre. Auf dem gewöhnlichen Wege der Willensauslegung wird sich meist dazu gelangen lassen, den wirklichen Willen des Erblassers zur Geltung zu bringen. Bedenklich wäre die Ausdehnung auf die Anordnung, eine andere Person überhaupt als Erben einzusetzen. Die Gefahr liegt zu nahe, daß die Betheiligten trotz der gesetzlichen Umdeutungsvorschrift die Anordnung ihrem Wortsinne nach verstehen und der nächstberufene Erbe die Vorschrift in diesem Sinne befolgt, obschon er zu der Befolgung nicht verpflichtet ist, weil seine Testirfreiheit von seinem Erblasser in Ansehung des eigenen Vermögens nicht beschränkt werden konnte. Der letztere wird dann glauben, die Auflage erfüllt zu haben, ohne zu beachten, daß er damit keineswegs den Verbindlichkeiten als Vorerbe genügt. Der von dem Gesetze unmittelbar ohne Rücksicht auf eine weitere letztwillige Verfügung des Eingesetzten als Nacherbe Angesehene läuft ferner dadurch Gefahr, daß er die Ausschlagung der Nacherbschaft vielleicht

unterläßt, weil es nach seiner Auffassung (dem Wortsinne nach) an einer Nacherbenberufung fehlt. Durch solche naheliegende Verkennung des von dem Gesetze angenommenen Rechtsverhältnisses können hiernach erhebliche Verwirrungen und Verwickelungen hervorgerufen werden.

II. für den Fall, daß der Erblasser dem Erben die Veräußerung des Nachlasses untersagt hat[1]); (vergl. auch §§ 1844, 1885).

Eine Auslegungsregel dahin, daß in einer solchen Anordnung die Bestimmung einer Nacherbschaft zu finden sei, mag die Anordnung zu Gunsten einer anderen Person lauten oder nicht, kann nicht aufgestellt werden. Eine Anordnung, wie sie hier vorausgesetzt wird, steht mit dem Wesen der Nacherbschaft im Widerspruche. Ein Veräußerungsverbot kann sich nur auf die einzelnen Gegenstände beziehen, der Vorerbe ist aber nicht in Ansehung aller Erbschaftsgegenstände in der Verfügung beschränkt. Wäre aber selbst das Ergebniß der Umdeutung ein dem wirklichen Willen des Erblassers entsprechendes, was hier dahingestellt bleiben kann, so fehlt es doch an einem praktischen Bedürfnisse zum Eingreifen des Gesetzgebers. Denn die Fälle, in welchen der Erblasser gerade einer solchen inkorrekten, auf die ganze Erbschaft als solche sich beziehenden Ausdrucksweise sich bedient, werden sehr selten sein. Außer dem bayr. L. R. haben denn auch die neueren Gesetzgebungen die Vorschrift nicht in solcher Allgemeinheit. (Vergl. preuß. A. L. R. I, 12 § 534, welches unter den Auslegungsregeln eine Vorschrift giebt, die sich aber nur auf das Verbot des Verkaufes einer Sache bezieht und keineswegs Nacherbschaft, sondern „bleiben bei der Familie" bestimmt, und die negative Vorschrift des § 610 österr. G. B. „Verbot, die Sache zu veräußern, schließt das Recht, darüber zu testiren, nicht aus".) Eine Lücke wird jedenfalls dadurch nicht entstehen, daß eine Vorschrift nicht aufgenommen ist, zumal äußerstenfalls die entsprechende Anwendung der §§ 1844, 1885 nicht ausgeschlossen ist.

III. für den Fall, daß der Erblasser selbst dem Nächstberufenen einen Erben bestimmt hat, österr. G. B. § 609. Eine Vorschrift erscheint aus den zu I angeführten Gründen nicht erforderlich. Der Fall liegt ähnlich so, wie wenn der Erblasser dem Erben die Auflage gemacht hat, eine andere Person als Erben einzusetzen.

§ 1807.

3. Bedingte Erbeinsetzung &c.

a) Auflösende Bedingung &c.

Für den Fall, daß eine auflösend bedingte oder mit Bezeichnung eines Endtermines bestimmte Erbeinsetzung vorliegt, ohne daß ein Nacherbe bestimmt ist, wird eine Dispositivvorschrift dahin gegeben, daß diejenigen, welche die gesetzlichen Erben des Erblassers sein würden, wenn dieser zur Zeit des Eintrittes der Bedingung oder des Termines gestorben wäre, als Nacherben eingesetzt seien, und zwar nach Maßgabe der Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge. Die Vorschrift entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte,

[1]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 534, Dernburg § 163 Anm. 13, Eccius § 254 Anm. 33; österr. G. B. § 610, Unger § 20 Anm. 7; bayr. L. R. III, 9 § 4 Nr. 4.

soweit dasselbe die Erbeinsetzung unter einer Resolutivbedingung kennt[1]). Der der Vorschrift zu Grunde liegende Gedanke ließe sich so auffassen, als gelangten die Nacherben nicht als eingesetzte Erben, sondern als gesetzliche Erben des Vorerben zur Erbfolge. Allein nach dem § 1964 bestimmt sich die gesetzliche Erbfolge nach der Zeit des Erbfalles. Indem davon ausgegangen wird, diejenigen Personen sollen als Nacherben eintreten, welche die gesetzlichen Erben des Vorerben sein würden, wenn derselbe zur Zeit des Eintrittes der Bedingung oder des Endtermines gestorben wäre — also möglicherweise zu einer anderen Zeit als der seines wirklichen Todes —, sind nicht die gesetzlichen Erben des Vorerben, sondern andere Personen als Nacherben eingesetzt. Wer diese Personen sind, entscheidet sich nach anderen Umständen als den für die gesetzliche Erbfolge maßgebenden. Die letztwillige Verfügung bestimmt diese für die Ermittelung der Personen der Nacherben maßgebenden Umstände. Die so ermittelten Personen müssen als durch die letztwillige Verfügung als Nacherben eingesetzt angesehen werden. Die Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge dienen nur dazu, den Inhalt des Einsetzungswillens zu ergänzen. Dies bringt die Fassung zum Ausdrucke.

Die Vorschriften der §§ 1806, 1807 dahin einzuschränken, daß, falls die gesetzlichen Erben des Erblassers oder des Vorerben als Nacherben anzusehen sind, die Nacherbeinsetzung dann unwirksam werde, wenn der Fiskus als Nacherbe einzutreten hat — vergl. außer den Gesetzen einiger thüring. Staaten Mommsen § 525 (dessen Mot. S. 495, 496) —, ist nicht für angemessen erachtet. Die Aufnahme einer Vorschrift für einen ziemlich entlegenen Fall würde dazu nöthigen, das Gebiet der Kasuistik zu beschreiten. Selbst eine Auslegungsregel dieses Inhaltes wäre nicht unbedenklich, da eine solche in nicht seltenen Fällen schwerlich dem wirklichen Willen des Erblassers Rechnung tragen würde.

§ 1808.

b) Aufschiebende Bedingung rc.

Eine dem § 1807 entsprechende Dispositivvorschrift wird für den Fall, daß eine aufschiebende Bedingung oder ein Anfangstermin der Erbeinsetzung beigefügt, ein Vorerbe aber nicht bestimmt ist, aufgestellt (Abs. 1), und zwar dahin, daß die gesetzlichen Erben des Erblassers als Vorerben anzusehen sind. Diese Entscheidung stimmt mit der Mehrzahl der geltenden Rechte[2]) überein. Abweichend bestimmt das gemeine Recht[3]) und ihm folgend Mommsen § 19 Abs. 2, §§ 118, 445 Abs. 2, sowie das bayr. L. R. III, 3 § 10 Nr. 14. Das bayr. L. R. räumt den gesetzlichen Erben den Besitz der Erbschaft ein, jedoch lediglich zur Verwaltung gegen Sicherheitsleistung für die Wieder-

[1]) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 259, 489, dazu Dernburg § 123 Anm. 6, § 124 Anm. 4, 5, Eccius § 251 Anm. 5; Roth § 315 Anm. 16, 18; österr. G. B. § 708, Unger § 16 Anm. 22, § 17; sächs. G. B. § 2013, 2506; Erbgesetze von Altenburg § 11, Gotha § 12, Reuß j. L. § 11; Mommsen § 446; hess. Entw. Art. 64, 65.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 12 §§ 259, 478, Eccius § 268 Anm. 20; österr. G. B. § 707; sächs. G. B. §§ 2013, 2505; hess. Entw. Art. 63, 65.

[3]) Windscheid § 554 Nr. 1; Roth § 310 Anm. 68 ff.

herausgabe. Der Weg der neueren Rechte, denen der Entwurf folgt, ist der einfachere. Die abweichenden Rechte schaffen einen provisorischen Zustand, welcher gerade wegen der (von Mommsen betonten) Pflicht, auch die gezogenen Nutzungen — natürlich nach Abzug der Verwaltungskosten — zu erstatten, eine Quelle von Streitigkeiten schafft. Wenn dafür geltend gemacht worden ist (Mommsen's Mot. S. 146), der Erblasser habe dem bedingt Eingesetzten auch die Nutzungen der Zwischenzeit verschaffen wollen, so genügt dieser Grund schon deshalb nicht, weil dann das Gleiche gelten müßte für den dies incertus an, welcher als Bedingung zu behandeln ist, und weil ebenso in Ansehung des Vermächtnisses zu entscheiden wäre. Die Regel des röm. Rechtes beruht wohl auf dem festgehaltenen Grundsatze „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest". Jedenfalls verdienen bedingte Einsetzungen keine Begünstigung.

Noch nicht empfangene Person 2c.

Ist eine noch nicht empfangene Person oder Jemand als Erbe eingesetzt, dessen Persönlichkeit erst durch ein nach dem Erbfalle eintretendes Ereigniß bestimmt wird, so liegt es nahe, die Vorschriften des ersten Absatzes entsprechend anzuwenden (Abs. 2). Enthielte der Entwurf eine solche Vorschrift nicht, so ließe sich bezweifeln, ob in den bezeichneten Fällen aufschiebend bedingte Erbeinsetzungen vorliegen. Eine entsprechende Ergänzung der letztwilligen Anordnung wird auch für diese Fälle den anzunehmenden Willen des Erblassers zur Geltung bringen. Die Fassung, „Jemand, dessen Persönlichkeit erst durch ein nach dem Eintritte des Erbfalles eintretendes Ereigniß bestimmt wird", ist gewählt, weil solche Fälle nicht einzubeziehen sind, in welchen der Erblasser eine ganz bestimmte Person einsetzen wollte, und es nur darauf ankommt, diese Person nach den von dem Erblasser angegebenen Merkmalen zu ermitteln.

§ 1809.

4. Eintritt der Nacherbfolge.

Die Vorschrift, daß, falls der Erblasser den Fall der Nacherbfolge nicht anders bestimmt hat, die Nacherbfolge mit dem Tode des Vorerben eintritt, entspricht einem anzuerkennenden Bedürfnisse[1]). Das geltende Recht entscheidet in diesem Sinne nur, wenn die Zeit der Herausgabe in das Belieben des Vorerben gestellt ist. Ist ein Nacherbe eingesetzt ohne Bezeichnung des Falles, in welchem die Nacherbfolge eintreten soll, so liegt eine lückenhafte Anordnung vor. Fehlte es an einer Vorschrift, so würde in Frage zu stellen sein, ob eine solche Einsetzung im Wege der Auslegung sich aufrechterhalten lasse, da die Willenserklärung selbst keinen Anhalt bietet für die Ergänzung der Lücke. Fälle solcher Art werden voraussichtlich nicht selten vorkommen, da die Erblasser häufig nicht geübt sind, sich schriftlich auszudrücken, und nicht selten nur mangelhafte Rechtskenntnisse besitzen. Deshalb erscheint eine Vorschrift zweckmäßig, welche die Aufrechterhaltung der Anordnung nach dem vorauszusetzenden Willen des Erblassers sichert. Aus der Willenserklärung und insbesondere

[1]) Vergl. Unger § 48, österr. G. B. § 904; Eccius § 275 Anm. 32, 33; Roth § 315 Anm. 44, 46; sächs. G. B. § 2509; Mommsen § 452 mit §§ 383 ff.

aus dem Gebrauche des Ausdruckes „Nacherbe" erhellt, daß der Vorerbe eine Zeit lang die Erbschaft behalten soll. Eine Begrenzung dieser Zeit ist erforderlich, damit die Nacherbeinsetzung rechtlich wirksam sein kann. Wird auf den vermuthlichen Willen des Erblassers gesehen, so ist in der Regel anzunehmen, daß die Zeit der Vorerbschaft auf das Leben des Vorerben beschränkt sein soll (vergl. § 1766).

§ 1810.

5. Uebergang der Rechte des Nacherben auf dessen Erben.

Von dem Anfalle an den Nacherben ist schon zum § 1804 die Rede gewesen (vergl. S. 82). In Verdeutlichung des § 1804 (vergl. auch § 1761) wird im § 1810 ausgesprochen, daß in der Regel das Recht des Nacherben, welcher den Erblasser überlebt, den Fall der Nacherbfolge aber nicht erlebt hat, auf dessen Erben übergeht, sofern nicht ein abweichender Wille des Erblassers anzunehmen ist[1]). Die Aufnahme dieser Vorschrift (Satz 1) ist deshalb rathsam, weil in anderen Fällen zumeist der Anfall der Erbschaft mit dem Erbfalle zusammentrifft und weil für diese anderen Fälle der Grundsatz gilt, daß ein noch nicht angefallenes Recht auf die Erbschaft nicht vererblich ist. Im Falle des Ueberganges der Erbschaft auf die Erben des eingesetzten Nacherben lassen sich Zweifel erheben, ob diese Erbeserben ihr Recht auf die letztwillige Verfügung des die Nacherbschaft anordnenden Erblassers gründen oder ob sie den Anspruch auf den Anfall der Nacherbschaft mit und in der Erbschaft des Nacherben überkommen. Diese Zweifel werden im Sinne der letzten Alternative gelöst (Satz 2); es kann dahingestellt bleiben, ob die Lösung sich nicht bereits aus der Würdigung des Zweckes der Vorschrift des ersten Satzes ergeben würde. Daß die ererbten Rechte den Erben des Nacherben schon vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge dieselben Rechte geben, wie wenn sie unmittelbar als Nacherben eingesetzt wären, kann nicht zweifelhaft sein; die Vorschrift des zweiten Satzes wird Bedenken in dieser Richtung nicht hervorrufen.

§ 1811.

6. Nacherben für kinderlose Abkömmlinge.

Der dem § 1773 zu Grunde liegende Gedanke führt in seinen Folgesätzen dahin, anzunehmen, daß, wenn einem kinderlosen Abkömmlinge für die Zeit nach dessen Tode Nacherben bestimmt sind, die Nacherbeinsetzung nur gewollt sei, falls der Vorerbe Abkömmlinge nicht hinterlasse. Hierauf beruht die den meisten geltenden Rechten entsprechende Dispositivvorschrift des § 1811[2]). In der That wird voraussichtlich als Wille des Erblassers anzunehmen sein, der letztere habe die Fortdauer des Zustandes, daß der Vorerbe

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 12 § 467, Eccius § 275 Anm. 9, Dernburg § 158 bei Anm. 18; Unger § 48 bei Anm. 3; sächs. G. B. § 2507 mit §§ 2426, 2429; Mommsen § 463.

[2]) Vergl. Roth § 315 Anm. 28; preuß. A. L. R. I, 12 § 538 und II, 2 § 443, Eccius § 254 Anm. 27, Dernburg § 157 Anm. 7 ff.; österr. G. B. § 617, Unger § 20 Anm. 4; sächs. G. B. § 2508; Mommsen § 448; für württemb. Recht Stein § 162.

Abkömmlinge nicht hat, im Auge gehabt; diese Annahme sei für ihn bei Anordnung der Nacherbfolge entscheidend gewesen.

Als Voraussetzung ist nicht aufgestellt, daß der Vorerbe erbberechtigte Abkömmlinge nicht hat (das preuß. A. L. R. I, 12 § 538 spricht von erbfähigen Abkömmlingen), sondern „wenn der Vorerbe keinen Abkömmling hinterlasse", weil es nicht gerechtfertigt erscheint, für die Fälle des Erbverzichtes und der Entziehung des Pflichttheiles eine Ausnahme zu bestimmen, die Fälle der Ausschlagung und der Erbunwürdigkeit dagegen doch nicht getroffen werden würden, indem es in diesen letzteren Fällen an der Voraussetzung der Erbberechtigung dieses Abkömmlinges nicht fehlen würde.

§§ 1812, 1813.

7. Gesetzliche Beschränkung der Zulässigkeit.

Die Vorschriften beschränken die Nacherbschaft sowohl in Ansehung der Zahl der zulässigen Nacherbfolgefälle als auch in Ansehung der Zeit, innerhalb deren die Nacherbfolge eintreten kann.

Das geltende Recht ist in dieser Beziehung ein verschiedenes. Das sächs. G. B. hat keine Beschränkungen. Im gemeinen Rechte herrscht Streit, ob die in Nov. 159 für das Familienfideikommiß vorgeschriebene Beschränkung auf vier Grade auch für das Universalfideikommiß gilt[1]). Das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 55, 57 läßt die fideikommissarische Substitution nur für den ersten und zweiten Substitutionsfall zu[2]). Mommsen § 465 folgt dem preuß. A. L. R. Auf einmaligen Wechsel beschränken die Nacherbfolge der preuß. Entw. von 1835 I, 12 §§ 52, 54 (Mot. S. 93), das bayr. Recht, Verfassungsbeilage VII § 109, der code civil Art. 1048 ff. und verschiedene neuere Gesetze[3]).

Aus nationalökonomischen Gründen erscheint es angemessen, eine übermäßig lange Vinkulirung des nachgelassenen Vermögens zu verhindern. Soll dieses Ziel erreicht werden, so genügt nicht, daß die Zahl der Fälle der Nacherbfolge beschränkt wird, denn es bleibt dann die Möglichkeit, daß der Erblasser eine erst nach sehr langer Zeit, vielleicht nach Jahrhunderten, eintretende Nacherbfolge bestimmt und damit das Vermögen bis zu diesem Zeitpunkte der freien Verfügung des Vorerben und der Rechtsnachfolger desselben entzieht. Aber auch mit einer zeitlichen Beschränkung allein kann sich der Entwurf nicht begnügen. Denn der Mangel einer Schranke für die Zahl der möglichen Fälle des Wechsels der Erben würde zu Belästigungen und Gefährdungen der Gläubiger führen und eine nicht wünschenswerthe Verwickelung der Rechtsverhältnisse zur Folge haben. Das Letztere würde insbesondere darin hervortreten, daß der Vorerbe zu Veräußerungen der Einwilligung aller als Nacherben Betheiligten bedürfen würde.

[1]) Windscheid § 637 Anm. 6—8.

[2]) Vergl. wegen der Befugniß, zu theilen und zu veräußern, wenn es sich um Substitution für einen Miterben handelt, Eccius § 251 Anm. 100, 45, 106, Dernburg § 157 bei Anm. 10, Stölzel in Gruchot's Beitr. Bd. 19 S. 641 ff.

[3]) Vergl. oldenb. Ges. v. 28. März 1852 Art. 12; weimar. Ges. von 1833 § 1 Nr. 5; mecklenb. schwer. Reskr. v. 23. Februar 1811.

Dem Gedanken, daß die Nacherbfolge nur einmal eintreten kann und die Einsetzung eines weiteren Erben mit dem Eintritte der ersten Nacherbfolge unwirksam wird, der erste Nacherbe also unbeschränkter Erbe wird, giebt der § 1812 Ausdruck. Die Fassung stellt klar, daß nur eine Grenze für die Wirksamkeit der letztwilligen Anordnung als Nacherbeinsetzung gesetzt werden soll, daß aber nicht die Einsetzung sukzessiver Nacherben unzulässig ist. Durch die Zulassung eines einmaligen Sukzessionswechsels geschieht dem praktischen Bedürfnisse Genüge. Weitere Zuwendungen des nachgelassenen Vermögens im Wege des Vermächtnisses sind nicht ausgeschlossen, jedoch innerhalb der Schranken des § 1869.

Die zeitliche Beschränkung bestimmt der § 1813. Die Vinkulirung des Nachlasses über dreißig Jahre nach dem Tode des Erblassers hinaus ist, abgesehen von dem Falle, daß der Vorerbe noch länger als dreißig Jahre lebt, aus dem schon erwähnten volkswirthschaftlichen Grunde nicht wünschenswerth; sie wird auch durch das Interesse der Betheiligten nicht gefordert. Die Grenze ist aber nicht in dem Sinne gesetzt, daß der Nachlaß mit Ablauf der Frist in der Hand des noch lebenden Vorerben dessen unbeschränktes Eigenthum wird, denn dieser Erfolg würde in zu hohem Grade dem Willen des Erblassers widersprechen. Läßt der Entwurf die Bestellung des Nießbrauches auf die Lebenszeit des Berechtigten zu (§ 1014), so muß aus den Gründen, welche hierfür maßgebend waren, auch die Vinkulirung des Nachlasses auf die Lebenszeit des Vorerben zugelassen werden. Eine gleiche Berücksichtigung verdient dagegen der Umstand nicht, daß der Nacherbe noch dreißig Jahre nach dem Tode des Erblassers am Leben ist.

Ersatzerbeinsetzung für den Nacherben.

Daß eine Ersatzerbeinsetzung für den Nacherben nicht ausgeschlossen ist, versteht sich von selbst; ebenso, wie in einem solchen Falle zu zählen ist (preuß. A. L. R. I, 12 § 57; Mommsen § 466). Einer besonderen Vorschrift bedarf es nicht (vergl. § 1800 Abs. 2). Die Zulässigkeit der Ersatzerbeinsetzung erhellt aus der Anwendbarkeit der Vorschriften über Erbeinsetzung auf die Nacherbeinsetzung.

Eine besondere Vorschrift ist auch nicht erforderlich darüber, daß der Nachlaß in der Hand des Vorerben keiner Bindung mehr unterliegt, sobald feststeht, daß der Fall der Nacherbfolge nicht mehr eintreten kann. Alsdann ist die Bedingung für den Eintritt der Berechtigung des Nacherben als fehlgeschlagen anzusehen. Dasselbe ist anzunehmen, wenn es sich nicht um eine eigentliche rechtsgeschäftliche Bedingung, sondern um eine vereitelte gesetzliche Voraussetzung handelt.

Ablehnung einer Ausnahme.

Zweifelhaft kann erscheinen, ob nicht eine Ausnahme von der Beschränkung zuzulassen sei dann, wenn es sich um die bei dem Tode des Erblassers noch nicht erzeugten Abkömmlinge einer bestimmten lebenden Person (z. B. eines Bruders, dessen Abkömmlinge als Nacherben für eine dritte Person eingesetzt sind), handelt, um zu verhindern, daß die bei dem Eintritte der Nacherbfolge lebenden Abkömmlinge ausschließlich berufen werden, oder ob nicht wenigstens in einem solchen Falle noch eine zweite Nacherbfolge zu gestatten sei. Eine Ausnahme ist jedoch nicht vorgeschrieben, weil damit die festgesetzten Beschränkungen erheblich an praktischem Werthe verlieren würden, da gerade

diese Art der Nacherbeinsetzung am häufigsten zu erwarten ist, und weil in diesem Falle alle diejenigen Gründe ihre ungeschwächte Kraft behalten, welche im volkswirthschaftlichen Interesse eine Beschränkung der Wirksamkeit von Nacherbeinsetzungen fordern. Mit der Zulassung einer zweiten Nacherbfolge für diese Fälle würde, bei Festhaltung der zeitlichen Schranke, einem Erblasser, welcher den Wohlstand der Familie auch für die künftige Nachkommenschaft einer bestimmten Person sichern will, nur wenig gedient sein; überdies bleiben auch hier die mit einer Vervielfältigung der Sukzessionsfälle verbundenen Uebelstände bestehen.

§ 1814.

8. Anwachsung;

In Ansehung der durch Anwachsung erfolgten Erweiterung des Erbtheiles des Vorerben und des diesem beschiedenen Vorausvermächtnisses ist eine dispositive Vorschrift erforderlich darüber, ob die Nacherbschaft sich auch auf diese erstrecke. Eine Auslegungsregel würde nicht genügen oder doch nicht von praktischem Werthe sein. Denn in einer sehr großen Zahl der Fälle wird jeder Anhalt für die Auslegung fehlen und insbesondere in Ansehung der Anwachsung sich nicht ermitteln lassen, ob der Erblasser an den Eintritt derselben überhaupt gedacht hat.

Daß das Recht des Nacherben sich auch auf die durch Anwachsung erfolgte Erweiterung des Erbtheiles des Vorerben erstreckt (Halbsatz 1), stimmt nur mit einem Theile des geltenden Rechtes überein[1]). Gegen die Entscheidung kann erinnert werden, die Nichtberücksichtigung der Anwachsung werde dem Willen des Erblassers näher kommen, stimme auch mehr mit dem Rechte des Erben, den Zuwachs abzulehnen, überein (Mommsen, Mot. S. 437). Das Erstere läßt sich mit Grund bezweifeln, das Letztere kann nicht maßgebend sein, selbst wenn der Entwurf in diesem Sinne entschieden hätte (vergl. jedoch § 2037). Es handelt sich nur um eine Erweiterung des dem Erben angefallenen Erbtheiles. Diese dem Nacherben zu entziehen, fehlt es an hinreichenden Gründen.

Vorausvermächtniß;

In Ansehung des Vorausvermächtnisses stimmt die Entscheidung, daß das Recht des Nacherben sich auf das Vorausvermächtniß nicht erstrecke, mit den meisten neueren Rechten überein, während für das gemeine Recht die entgegengesetzte Ansicht vertreten wird[2]). Für den Entwurf ist die Behandlung des Vorausvermächtnisses im § 1845 entscheidend, um zu dem bezeichneten Ergebnisse zu gelangen.

---

[1]) Vergl. bayr. L. R. III, 9 § 6 Nr. 1; sächs. G. B. § 2511; Unger § 48 Anm. 12; Eccius § 272 Anm. 35, Dernburg § 159 Anm. 12; — entgegen Mommsen § 453 Abs. 2. Wegen des gemeinen Rechtes ist zu vergleichen Windscheid § 603 Anm. 14 und dagegen Brinz § 430 hinter Anm. 25.

[2]) Vergl. Eccius § 275 Anm. 38, Dernburg § 159 Anm. 11; sächs. G. B. § 2512; Mommsen § 453 Abs. 2; Unger § 48 Anm. 12 mit § 55 Anm. 10; wegen des bayr. L. R. Roth § 315 Anm. 53, — für das gemeine Recht Windscheid § 666 Anm. 5.

Daß das Recht des Nacherben auf das dem Vorerben aus einer Einsetzung als Ersatzerben Gebührende sich nicht erstrecke, stimmt überein mit dem österr. G. B.[1]), dem sächs. G. B. § 2512 und Mommsen § 453 Abs. 2. Selbstverständlich ist abzusehen von dem mit der nacherbschaftlichen Beschränkung belasteten Erbtheile, welcher vielleicht dem Vorerben auch als Ersatzerben zufällt. Es kann eingewendet werden, die Vorschrift führe insofern zu einem auffälligen Ergebnisse, als sich ein anderer Erfolg ergiebt, je nachdem der Vorerbe als Ersatzerbe oder auf Grund der Anwachsung einen Vortheil erlangt, während der Erblasser doch dasjenige durch Ersatzberufung zuwenden könne, was der Vorerbe sonst schon durch Anwachsung erlangen würde. Allein in letzterem Falle wird anzunehmen sein, daß der Erblasser, weil er den Vorerben ohne Nacherbeinsetzung zum Ersatzerben beruft, will, daß das Recht des Nacherben sich auf das dem Vorerben als Ersatzerben Zufallende nicht erstrecken soll.

Einsetzung des Vorerben als Ersatzerbe.

§ 1815.

II. Rechtsverhältniß zwischen Vorerben und Nacherben.

1. Grundsatz.

In Uebereinstimmung mit mehreren neueren Gesetzgebungen[2]) spricht der § 1815 als Grundsatz für das Rechtsverhältniß zwischen dem Vorerben und dem Nacherben aus, daß die Vorschriften über den Nießbrauch mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden sind, daß der Vorerbe gegenüber dem Nacherben als Nießbraucher anzusehen sei. Zwar ist nicht zu verkennen, daß zwischen dem Falle des Nießbrauches und dem Falle der Vorerbschaft große Unterschiede bestehen. Der Vorerbe ist Erbe und nur in gewissen Richtungen beschränkt, sodaß man ihn eher dem Eigenthümer einer belasteten Sache als dem Nießbraucher vergleichen kann. Ferner ist der Gegenstand der Vorerbschaft die Erbschaft als ein universum jus, während der Nießbrauch, selbst wenn er an einem ganzen Vermögen bestellt ist, auf die zu dem Vermögen gehörenden einzelnen Gegenstände sich bezieht. Trotz dieser Unterschiede läßt sich eine weitgehende Aehnlichkeit zwischen dem inneren Verhältnisse des Nießbrauchers gegenüber dem Eigenthümer und des Vorerben gegenüber dem Nacherben nicht leugnen. Ueber dieses innere Verhältniß müssen auch in Ansehung der Nacherbschaft Vorschriften gegeben werden. Es genügt hier so wenig wie bei dem Nießbrauche die Feststellung der dinglichen Befugnisse des beschränkt Berechtigten. Der Zweck solcher Vorschriften obligatorischer Natur ist bei der Nacherbschaft gleichfalls der, daß der Gegenstand des beschränkten Rechtes, soweit möglich, ohne Verschlechterung und ohne Abbruch an der Substanz an den später Berechtigten gelangt. Aus dem für die Nacherbschaft anwendbaren § 134 (vergl. § 130), ergiebt sich bereits, daß dem bedingt Verpflichteten der Vortheil aus seinem Rechte für die Zeitdauer des Rechtes in der Regel verbleibt und daß der bedingt Verpflichtete in Ansehung der Erhaltung der Substanz des Gegenstandes für Fahrlässigkeit einzustehen hat.

---

[1]) Nach Unger § 48 Anm. 12; dagegen Dernburg § 159 bei Anm. 12.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 466, Dernburg § 158 Anm. 4, Eccius § 275 Anm. 4, 5; österr. G. B. § 613, Unger § 48; sächs. G. B. § 2515; Mommsen § 454 Abs. 1; hess. Entw. Art. 166 Abs. 1, 2.

Jene Vorschriften sind jedoch zu allgemeinen Inhaltes, um für die so häufig vorkommende Nacherbschaft zu genügen. Für die Vorschriften obligatorischer Natur erscheint es mit Rücksicht auf die hervorgehobene Aehnlichkeit des Verhältnisses des Vorerben zum Nacherben mit dem Verhältnisse des Nießbrauchers zum Eigenthümer angemessen, die Vorschriften über den Nießbrauch im Interesse der Kürze des Gesetzes zu verwerthen.

Der Entwurf verweist in Ansehung des Rechtsverhältnisses des Vorerben gegenüber dem Nacherben auf die Vorschriften über den Nießbrauch schlechthin und nicht ausschließlich auf die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen und Rechten, also auch auf die Vorschriften über den Nießbrauch an einem ganzen Vermögen, §§ 1038—1043. Von den letzteren bleibt allerdings ein nicht geringer Theil unanwendbar. Dies versteht sich indessen von selbst, da manche dieser Vorschriften nur unter Voraussetzungen zur Geltung gelangen, welche bei der Vorerbschaft nicht zutreffen. Dahin gehört der auf die Begründung eines solchen Nießbrauches sich beziehende § 1039. Der § 1040 und theilweise der § 1041 setzen voraus, daß ein Verpflichteter vorhanden ist, welcher den Nießbrauch an einem ganzen Vermögen zu bestellen hat. In ähnlicher Weise, wie dort bestimmt ist, kann sich bei der Nacherbschaft das Verhältniß nicht gestalten, denn das Recht des Vorerben beruht auf einer Verfügung des Erblassers, der Vorerbe ist gleichfalls Erbe. Gegen die entsprechende Anwendbarkeit des § 1038, des § 1041, soweit er sich auf die Verpflichtung, die Lasten zu tragen, bezieht, des § 1042 und des § 1043, soweit er den Fall des Nießbrauches an dem Bruchtheile eines Vermögens regelt, wird hingegen nichts zu erinnern sein.

Von einigen Rechten wird vorgeschrieben, daß dem Vorerben die auf die Dauer seines Rechtes treffenden Nutzungen von den zu der Erbschaft gehörenden Gegenständen verbleiben[1]). Die Vorschrift des § 1815 in Verbindung mit den §§ 1007, 1009 erscheint ausreichend. Der Gegenstand ist dadurch erschöpfender geregelt wie durch eine unvollständige Vorschrift des bezeichneten Inhaltes.

§§ 1816—1822.

2. Einzelvorschriften.

Die Prüfung der einzelnen Vorschriften über den Nießbrauch, welche die grundsätzliche Entscheidung im § 1815 bedingt, hat ergeben, daß für die Nacherbschaft die Vorschriften der §§ 1816—1822 erforderlich sind. Diese werden zunächst erörtert werden. Angereiht sind sodann Bemerkungen über diejenigen den Nießbrauch betreffenden Vorschriften, in Ansehung deren die Aufnahme besonderer Entscheidungen für die Nacherbschaft als entbehrlich erachtet ist, theils weil die entsprechende Anwendung der §§ 980 ff. selbstverständlich ausgeschlossen ist, theils weil sie zu einem befriedigenden Ergebnisse führt.

---

[1]) Vergl. z. B. bayr. L. R. III, 9 § 6 Nr. 5; Roth § 315 Anm. 47, 48; sächs. G. B. § 2510; Mommsen § 453 Abs. 3.

§ 1816.

a) Gemeinschaftliche Verfügung.

Soweit nach dem § 985 Abs. 1 Satz 1, falls der Antheil eines Miteigenthümers mit einem Nießbrauche belastet ist, der Nießbraucher allein zu verfügen berechtigt ist, muß diese Befugniß auch dem Vorerben allein zustehen. Soweit dagegen der Nießbraucher nur gemeinschaftlich mit dem Eigenthümer oder demjenigen, an dessen Rechte ihm der Nießbrauch zusteht, verfügen kann, muß für den Vorerben die Einwilligung oder Genehmigung des Nacherben gefordert werden. Dies auszusprechen ist mindestens zweckmäßig[1]).

Aufhebung der Gemeinschaft.

Nach dem § 985 Abs. 1 Satz 2 können der Miteigenthümer und der Nießbraucher den Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft nur gemeinschaftlich geltend machen. Diese Vorschrift eignet sich nicht zur entsprechenden Anwendung. Dahingestellt bleiben kann, ob die Erhebung eines solchen Anspruches nicht schon als eine zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderliche Maßregel sich betrachten läßt (vergl. Motive zum Sachenrechte S. 498 und § 1828 Abs. 2). Im Interesse der Erleichterung der Auseinandersetzung und aus praktischen Rücksichten ist es jedenfalls nur angemessen, dem Vorerben die Befugniß beizulegen, den Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft ohne Einwilligung des Nacherben geltend zu machen (Abs. 2). Die Gemeinschaft der Erben bildet ihrer Natur nach einen nur vorübergehenden Zustand und ist zur Aufhebung bestimmt. Der Vorerbe ist also befugt, den Anspruch auch im Wege der Klage, mit welcher stets der Antrag auf eine bestimmte Art der Auseinandersetzung verbunden sein muß, geltend zu machen. Dies wird durch die Vorschrift auch für das Verhältniß des Vorerben zum Nacherben klar. Die Zuziehung des Nacherben zu dem Rechtsstreite ist mithin nicht erforderlich; indessen bleibt der Vorerbe dem Nacherben für die Art der Prozeßführung verantwortlich. Das ergehende Urtheil wirkt für und gegen den Nacherben (§ 1830). Die Vorschrift bezieht sich jedoch nicht auf die Vornahme rechtsgeschäftlicher Verfügungen, mögen diese bei Gelegenheit eines Rechtsstreites vorgenommen oder zur Erledigung des Rechtsstreites bestimmt sein und mögen sie in dem nach dem § 2156 zugelassenen Vermittelungsverfahren oder außerhalb jenes Verfahrens vorgenommen werden. Ueber die Wirksamkeit solcher Rechtsgeschäfte bestimmt der § 1828.

Die Vorschrift des § 985 Abs. 1 Satz 3, nach welcher der Nießbrauch nach Aufhebung der Gemeinschaft auf diejenigen Gegenstände sich bezieht, welche an die Stelle des Eigenthumsantheiles treten, bedarf einer Modifikation in Ansehung der Nacherbschaft nicht. In Betracht kommt jedoch insoweit der § 1825.

Die entsprechende Anwendung des § 985 Abs. 2 über den Nießbrauch an dem Bruchtheile einer Sache in anderen Fällen giebt zu Bedenken keinen Anlaß.

---

[1]) Vergl. Entsch. d. R. G. Bd. 17 S. 228 ff.

§ 1817.

b) Versicherungspflicht des Vorerben.

Die Aufnahme einer Vorschrift über die Versicherungspflicht des Vorerben ist geboten, weil eine Umdeutung der §§ 1001, 1002 erforderlich ist, welche sich nicht leicht im Wege der Analogie finden lassen dürfte.

Die dem Nießbraucher obliegende Versicherungspflicht muß unter Berücksichtigung der obwaltenden Umstände dem Vorerben in der Weise auferlegt werden, daß der Vorerbe sowohl in seinem Interesse als in demjenigen des Nacherben, mithin so unter Versicherung zu bringen hat, daß der Anspruch aus der Versicherung zu dem der nacherbschaftlichen Beschränkung unterworfenen Vermögen gehört (Abs. 1).

Eine Beschränkung der Versicherungspflicht des Vorerben dahin, daß dieser nur so zu versichern hat, wie es der Erblasser gethan hatte[1]), wäre nicht gerechtfertigt. Was der Erblasser als unbeschränkter Eigenthümer für angemessen erachtete, kann nicht entscheidend sein.

Die Vorschriften des zweiten und dritten Absatzes bringen die angemessene Umdeutung der §§ 1001, 1002 zum Ausdrucke.

Wegen der Beschränkung des Vorerben in Ansehung der Versicherungsgelder im Verhältnisse zu der dem Vorerben beigelegten Befugniß, innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung zu verfügen (§ 1828) sind die Bemerkungen zu dieser Vorschrift zu vergleichen.

§§ 1818—1821.

c) Auf Zinsen ausstehende Forderungen.

Die Vorschriften in Ansehung der auf Zinsen ausstehenden Forderungen als Gegenstand der Nacherbschaft sind aufgenommen, theils, weil die Vorschriften einen überwiegend dinglichen Karakter haben und zugleich von Bedeutung sind für die Rechtsstellung des Vorerben nach außen, theils um den Gegenstand zusammenhängend zu ordnen.

§ 1818.

a) Kündigung seitens des Vorerben.

I. Kündigung seitens des Vorerben (Satz 1, 2). Die entsprechende Anwendung des § 1033 würde, unter Berücksichtigung des § 1816 Abs. 1, dahin führen, daß der Vorerbe die Forderung zwar kündigen könnte, aber zur Wirksamkeit der Kündigung die Einwilligung des Nacherben erforderlich wäre. Ob die im § 135 dem bedingt Verpflichteten auferlegten Beschränkungen auch auf die Kündigungsbefugniß sich erstrecken, ist nicht durch eine besondere Vorschrift entschieden. Den Vorerben in solcher Weise zu beschränken, ist zur genügenden Sicherung des Nacherben nicht erforderlich. Die Beschränkung kann aber auch erhebliche Verzögerungen und Weiterungen und dadurch die Schädigung des Nachlasses herbeiführen. Zu beachten sind ferner die Gründe, aus welchen die Kündigungsbefugniß des Vormundes (§ 1669)

[1]) Vergl. Eccius § 275 Anm. 18.

nicht beschränkt ist. Dementsprechend wird der Vorerbe zur Kündigung für befugt erklärt, ohne dazu einer Einwilligung des Nacherben zu bedürfen[1]).

Seitens des Schuldners.

II. Im Zusammenhange hiermit giebt der vierte Satz, abweichend von dem § 1033 Abs. 4 die Vorschrift, daß die Kündigung des Schuldners wirksam ist, wenn sie auch nur dem Vorerben erklärt ist.

Befugnisse des Nacherben.

III. Dem Nacherben ist die Befugniß beigelegt, die Kündigung zu verlangen, wenn die Forderung noch nicht fällig, aber kündbar und ihre Sicherheit gefährdet ist (Satz 3). Die Vorschrift enthält eine entsprechende Anwendung des § 1033 Abs. 3. Es handelt sich um eine nothwendige Verstärkung des nur eventuellen und beschränkten Rechtes des Nacherben, welche dem § 1005 entspricht.

§ 1819.

Einziehung.

Die entsprechende Anwendung des § 1033 Abs. 3 würde in Verbindung mit dem § 272 unter Berücksichtigung der obwaltenden Unterschiede dahin führen, daß die Einwilligung des Nacherben zur wirksamen Leistung an den Vorerben erforderlich wäre, der Schuldner aber, sofern Vorerbe und Nacherbe sich nicht einigen, nur durch Hinterlegung sich befreien könnte. Die Umdeutung des § 1033 Abs. 5 hätte zur Folge, daß sowohl der Vorerbe als der Nacherbe von dem Schuldner verlangen könnte, daß dieser entweder hinterlege oder an den Vorerben mit Einwilligung des Nacherben leiste.

Dieses Ergebniß ist den Vorschriften ebenfalls zu Grunde gelegt, jedoch mit einigen Beschränkungen und Abweichungen[2]).

Die Einziehung der fälligen Forderung steht lediglich dem Vorerben zu (Satz 1). Der Vorerbe kann aber von dem Schuldner nur fordern, daß dieser die Leistung an ihn selbst, nach Beibringung der Einwilligung des Nacherben, bewirke, oder den Gegenstand öffentlich hinterlege, und zwar in der Art, daß die Einwilligung des Vorerben und des Nacherben zur Abhebung erforderlich ist (Satz 2). Das Letztere bedarf hier so wenig eines Ausdruckes wie im § 1033.

Befugnisse der Nacherben.

Wie im § 1818 dem Nacherben die Befugniß beigelegt ist, die Kündigung zu verlangen, falls die kündbare Forderung gefährdet ist, so muß er auch hier das Recht haben, die Einziehung der Forderung unter der Voraussetzung der Gefährdung der Sicherheit zu verlangen, obschon er noch kein gegenwärtiges Recht hat (Satz 4).

Um die Verfügungsmacht des Vorerben nicht über die Grenzen des praktischen Bedürfnisses hinaus zu beschränken, legt der dritte Satz dem Nacherben die Verpflichtung auf, in die Leistung an den Vorerben einzuwilligen, falls ihm Sicherheit geleistet wird. Sicherheitsleistung durch Bürgen ist indessen im Interesse des Nacherben nicht für ausreichend zu erachten. Ueber die Form der Einwilligung ist zu vergl. der § 1831.

---

[1]) Für den Geltungsbereich des preuß. A. L. R. vergl. Eccius § 275 Anm. 19, Dernburg § 158 Anm. 9, Entsch. d. R. G. Bd. 17 S. 234.

[2]) Vergl. Entsch. d. R. G. in Civils. Bd. 17 S. 233, 234.

§ 1820.

Wiederanlegung.

In Ansehung der Wiederanlegung der eingezogenen Forderung werden die Vorschriften des § 1034 unter Berücksichtigung der obwaltenden Unterschiede übertragen (Abs. 1). Wegen der Art der Anlegung vergl. §§ 1664, 1665. Bei der Wiederanlegung muß der Nacherbe so gesichert werden, wie er es vor Einziehung der Forderung war. Dazu wird je nach den Umständen die Benachrichtigung des Schuldners, daß das Kapital als der Nacherbfolge unterliegend angelegt werde, die Verlautbarung im Grundbuche, bei Inhaberpapieren die Hinterlegung erforderlich sein. Entsprechend den §§ 1818, 1819 ist auch dem Nacherben (vergl. § 1034) das Recht gewährt, die Wiederanlegung in der bezeichneten Weise von dem Vorerben zu verlangen, obschon ihm noch kein gegenwärtiges Recht zusteht und an sich dem Vorerben überlassen bleiben muß, ob er sich Nutzungen verschaffen will (Abs. 1 Satz 2).

Daß die Vorschriften des ersten Absatzes auch dann Anwendung finden, wenn der Vorerbe die Einziehung unter Sicherstellung des Nacherben bewirkt hat (Abs. 2), ist nur, um keinem Zweifel Raum zu lassen, besonders bestimmt.

§ 1821.

d) Grundschulden rc.

Eine entsprechende Anwendung des § 1035 enthält die Vorschrift, daß auf eine zur Nacherbschaft gehörende Grundschuld oder Eigenthümerhypothek die für Forderungen geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. Von dem Ergebnisse des § 1035 hier abzuweichen, fehlt es an genügendem Anlasse. Die Vorschrift ist aber in Rücksicht auf den Zusammenhang wiederholt. Die Vorschriften über die auf Zinsen ausstehenden Forderungen finden, wenn die Voraussetzung der Verzinslichkeit nicht fehlt, entsprechende Anwendung.

§ 1822.

e) Inhaberpapiere.

Hinterlegungspflicht.

Entsprechend dem § 1036 dem Nacherben ein dingliches Mitinhabungsrecht an den in dieser Vorschrift bezeichneten Inhaberpapieren zu gewähren, welches nur in Ermangelung eines Einverständnisses zwischen den Betheiligten zur gemeinschaftlichen Hinterlegung führt, geht deshalb nicht an, weil der Nacherbe noch kein gegenwärtiges Recht hat, mithin auch noch nicht zu einer solchen Mitwirkung berufen werden kann. Es ist daher lediglich Fürsorge zu treffen (Abs. 1), daß der Vorerbe in der Freiheit der Verfügung insoweit beschränkt wird, als es zur Sicherung des Nacherben erforderlich ist. Bei dem Eintritte des Erbfalles ist der Vorerbe berechtigt, sich in den Besitz des Nachlasses zu setzen, und gelangen demgemäß die in dem Nachlasse befindlichen Inhaberpapiere zunächst in seine Inhabung und in seinen Besitz. Im Interesse der Nacherben ist es erforderlich, daß eine Beschränkung der mit der Inhabung dieser Inhaberpapiere verbundenen Verfügungsfreiheit eintritt. Diese Beschränkung kann bei der rechtlichen Natur der Inhaberpapiere lediglich auf dem Wege herbeigeführt werden, daß der Vorerbe für verpflichtet gegenüber dem Nacherben erklärt wird, die Papiere zu hinterlegen. Eine Milderung

dieser Verpflichtung dahin, daß nur auf Verlangen des Nacherben zu hinterlegen sei, erscheint nicht zulässig, wenngleich dafür eine gewisse Billigkeit sich geltend machen läßt und es auch im öffentlichen Interesse liegt, daß die Zahl der Hinterlegungen nicht zu sehr vermehrt wird. Allein es würde damit die Sicherheit des Nacherben in bedenklicher Weise verringert, zumal, wenn in Betracht gezogen wird, daß der Nacherbe vielleicht noch gar nicht existirt, somit auch keinen Antrag stellen kann, und daß es sehr wohl denkbar ist, daß selbst der vorhandene Nacherbe von dem Vorhandensein der Inhaberpapiere keine Kenntniß hat, ohne daß den Vorerben deshalb eine Verantwortlichkeit trifft.

Durch die Vorschrift wird erreicht, daß, wenn der Vorerbe die Hinterlegung aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit unterläßt, er für den daraus entspringenden Schaden haftbar wird, ohne daß die Voraussetzungen des Verzuges vorhanden sein müssen.

Ausschluß der Erneuerungsscheine u. s. w.

Die Hinterlegungspflicht ist nicht ausgedehnt auf Erneuerungsscheine, Zinsscheine u. s. w.; bei der Hinterlegungspflicht des Vormundes im § 1670 ist die gleiche Ausnahme beigefügt. Regelmäßig wird die bestimmte Hinterlegungspflicht auch hier genügen. Es ist rathsam, die mit der Erhebung solcher Papiere von der Hinterlegungsstelle verbundenen Weiterungen im Interesse der Erleichterung der Verwaltung zu vermeiden, zumal eine solche Erhebung sich fortdauernd wiederholen wird, eine Uebereinkunft der Betheiligten über eine andere als die gesetzlich geordnete Art der Verwahrung aber mit weit größeren Schwierigkeiten verbunden ist als im Verhältnisse zwischen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer und selbst bei der ehelichen Nutznießung. Auch hier kommt wieder in Betracht, daß der Nacherbe nicht selten eine noch nicht existirende oder noch nicht bekannte Person ist.

Umschreibung auf den Namen.

Wie im § 1670 ist die Umschreibung der Papiere auf den Namen des Vorerben der Hinterlegung gleichgestellt, da es ebenso unbedenklich ist, wie dort dem Vormunde, so hier dem Vorerben zwischen diesen beiden Arten der Sicherung die Wahl zu lassen; nur muß die Umschreibung unter Sicherung der Rechte des Nacherben erfolgen; dies ist in entsprechender Weise wie im § 1670 zum Ausdrucke gebracht.

Damit der Zweck der Vorschrift erreicht werde, ist so zu hinterlegen, daß die Herausgabe nur mit Einwilligung des Nacherben erfolgen kann. Auch dies entspricht dem § 1670.

Verwaltungshandlungen.

Der Vorerbe ist wegen der ordnungsmäßigen Ausübung der ihm allein zustehenden Befugniß zur Vornahme der auf die hinterlegten Papiere sich beziehenden Verwaltungshandlungen dem Nacherben verantwortlich. Dies wird klargestellt, indem der Vorerbe für verpflichtet erklärt wird, für die Einziehung fälliger Beträge, Beschaffung neuer Zinsscheine rc. zu sorgen (Abs. 2 Satz 1).

Einwilligungspflicht des Nacherben.

Der zweite Satz des Abs. 2 bestimmt die Einwilligungspflicht des Nacherben zur Herausgabe der Papiere an den Vorerben, wenn zu den bezeichneten Verwaltungshandlungen die Vorlegung des hinterlegten Papieres erforderlich ist, jedoch nur gegen Sicherheitsleistung, unter Ausschluß der Sicherheitsleistung durch Bürgen. Die Einwilligungspflicht entspricht dem § 1036, wenn berücksichtigt wird, daß der Vorerbe und der Nacherbe nicht gemeinschaftlich zu handeln haben, sondern die Befugniß zur Vornahme der

Handlungen dem Vorerben allein, unter Bindung an die Einwilligung des Nacherben, zusteht. Wegen der Form der Einwilligung vergl. § 1831. Die Sicherheitsleistung ist in solchen Fällen im Interesse der Nacherben geboten; Sicherheitsleistung durch Bürgen aber hier so wenig, wie im Falle des § 1819 für ausreichend zu erachten.

Verwaltungshandlungen der Hinterlegungsstelle.

Besondere Vorschriften, welche für den Fall, daß die Sicherheit nicht geleistet wird, der Hinterlegungsstelle die Pflicht, die Verwaltungshandlungen vorzunehmen, auferlegen, oder welche die Vornahme der Handlungen durch einen von dem Nachlaßgerichte auf Antrag des Vor- oder Nacherben zu bestellenden gesetzlichen Vertreter vorsehen, eignen sich nicht zur Aufnahme in das Gesetz. Die Hinterlegungsstelle hat die landesgesetzlichen Vorschriften zu befolgen. Ist sie danach befugt und bereit oder gar verpflichtet, Verwaltungshandlungen, welche erforderlich werden, mit den hinterlegten Papieren, ohne Aushändigung der Papiere an den Vorerben, vorzunehmen, so ist dem Vorerben die Möglichkeit eröffnet, die Besorgung des Erforderlichen herbeizuführen, ohne Sicherheit leisten zu müssen. Dies wird von besonderem Nutzen für ihn sein, wenn er etwa Sicherheit zu leisten nicht im Stande ist. In gleich angemessener Weise kann geholfen werden, wenn die Verwaltungshandlungen durch einen von dem Nachlaßgerichte nur zur Vornahme dieser Handlungen bestellten Pfleger ohne weitere Hineinziehung des Vorerben ausgeführt werden. Allein es ist nicht die Aufgabe des Entwurfes, auf diese Wege durch kasuistische Vorschriften hinzuwirken oder auch nur die Zulässigkeit der Bestellung eines Pflegers durch das Nachlaßgericht in einem solchen Falle zu bestimmen. Eine fühlbare Lücke wird sich, wenn es an einer Vorschrift fehlt, nicht ergeben; das beiderseitige Interesse wird die Betheiligten veranlassen, sich zu einigen.

Wiederanlegung.

In Ansehung der Wiederanlegung eines eingezogenen Kapitalbetrages wird auf die Vorschriften des § 1820 verwiesen (Satz 3). Die Sachlage ist hier dieselbe wie dort.

Als verbrauchbare Sachen anzusehende Papiere.

Daß die Vorschriften, welche sich auf die Rechte des Vorerben an verbrauchbaren Sachen beziehen, auch in Ansehung der Papiere, welche zu den verbrauchbaren Sachen im Sinne des § 780 gehören, vor den Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes zur Anwendung gelangen (Abs. 3), entspricht dem § 1036. Die Ausnahme wird häufiger zutreffen, z. B. in Ansehung von Banknoten und von Effekten eines Bankiergeschäftes.

Die Vorschriften der §§ 1815 bis 1822 stehen insofern in einem gewissen Gegensatze zu dem § 1828 Abs. 2, als der letztere den Vorerben freier stellt und dessen Verfügungsfreiheit dann erweitert, wenn die Verfügung zum Zwecke der ordnungsmäßigen Verwaltung, insbesondere zur Erfüllung von Verpflichtungen, erforderlich ist. Zur Erläuterung dieses Verhältnisses ist die Vorschrift des § 1823 aufgenommen.

Bevor auf den § 1823 eingegangen wird, sollen hier einige Bemerkungen in Ansehung derjenigen Vorschriften über den Nießbrauch, welche wegen des § 1815 nicht besonders erwähnt sind, ihre Stelle finden.

Anwendbarkeit der §§ 980 ff. (vergl. S. 94).

Soweit die Vorschriften der §§ 980—983 die Begründung des Nießbrauches betreffen, kommen sie hier nicht in Betracht. Nach dem § 980 Abs. 1 ist der Nießbraucher berechtigt, alle Nutzungen der Sache zu ziehen. Daß entsprechend der Vorerbe berechtigt ist, alle Nutzungen der Erbschaft zu ziehen, ist gerechtfertigt und angemessen (vergl. S. 94). In Gemäßheit des § 984 ist der Vorerbe in gleicher Weise wie der Nießbraucher berechtigt, die Sache inne zu haben und alle zur Ziehung der Nutzungen dienenden Handlungen vorzunehmen. Ein Gleiches ergiebt sich bereits aus der Rechtsstellung des Vorerben im Allgemeinen.

Begründung des Nießbrauches.

Die in den §§ 986, 987, 988 Abs. 1 über den Umfang des Nießbrauches gegenüber anderen dinglichen Rechten u. s. w. gegebenen Vorschriften sind selbstverständlich in Ansehung der Nacherbschaft nicht anwendbar. Die darin entschiedenen Fragen sind hier selbständig nach den allgemeinen erbrechtlichen Vorschriften zu beurtheilen. Der § 1815 steht dem nicht entgegen.

In Ansehung des § 988 Abs. 2 fehlt es an einem hinreichenden Grunde, die Vorschrift zu beschränken oder zu ändern, soweit die entsprechende Anwendung nicht schon zu einem angemessenen Ergebnisse für die Nacherbschaft führt, wie anzunehmen sein dürfte. Das Gleiche gilt hinsichtlich der Frage, ob die Sicherheitsleistung wegen der im Uebermaße gezogenen Früchte auf den Fall zu beschränken sei, daß Umstände vorliegen, welche die Erfüllung der aus dem § 988 sich ergebenden Ersatzverpflichtung gefährdet erscheinen lassen.

Schatz.

In Bezug auf den Schatz könnte eine von dem § 990 abweichende Vorschrift deshalb angezeigt erscheinen, weil in der Wissenschaft die Auffassung vertreten ist, der Schatz habe dem Vorerben ganz zu verbleiben[1]). Allein die Ansicht verdient den Vorzug, daß der durch das Eigenthum an einem der Nacherbschaft unterliegenden Gegenstande nach dem § 928 vermittelte Erwerb der nacherbschaftlichen Beschränkung zu unterliegen hat. Diesen lediglich aus dem Eigenthume an der Sache fließenden Erwerb der Nacherbschaft zu entziehen, fehlt es an genügenden Gründen. Dies Ergebniß folgt aus dem § 1825 („auf Grund eines der Nacherbfolge unterliegenden Rechtes erworben hat"); vergl. § 1290.

Verwaltung und Herausgabe.

Im Anschlusse an den § 991, aber über diesen hinausgehend, den Vorerben gegenüber dem Nacherben für verpflichtet zu erklären, die Erbschaft ordnungsmäßig zu verwalten, für die Verwaltung zu sorgen und die der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstände nach Beendigung des Verfahrens herauszugeben, kann nicht für angemessen erachtet werden. Allerdings würde damit die freiere Verfügungsbefugniß des Vorerben (gegenüber dem Nießbraucher) klargestellt. Zu beachten ist jedoch, daß das Recht des Vorerben sich auf die einzelnen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstände bezieht. Bei Ausübung der erweiterten Verfügungsbefugniß ist der Vorerbe auch in entsprechend erweitertem Umfange fürsorgepflichtig. Dies ergiebt sich aus der entsprechenden Anwendung des § 991 in Verbindung mit dem § 1828. Der Vorerbe tritt dadurch nicht in eine besonders geartete obligatorische Rechts-

[1]) Vergl. Eccius § 275 Anm. 41; Unger § 48 Anm. 4.

stellung gegenüber dem Nacherben, welche verschieden wäre von der entsprechenden Rechtsstellung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigenthümer. Eine Vorschrift des bezeichneten Inhaltes wäre um so bedenklicher, als aus der Ausdrucksweise geschlossen werden könnte, der Vorerbe habe gegenüber dem Nacherben eine ähnliche Stellung, wie ein mit der Verwaltung des Nachlasses im Interesse des Nacherben beauftragter Verwalter (vergl. Motive zum Sachenrechte S. 504), wenn auch vielleicht dieses Mißverständniß im Hinblicke auf die genügend klare Rechtsstellung des Vorerben nicht zu besorgen ist.

Verwaltungspflicht.

Dagegen, daß dem Vorerben eine Verwaltungspflicht auferlegt wird, spricht ferner noch Folgendes. Die Ausübung eines Rechtes und die Inhabung einer Sache zu dem Zwecke, um ein eigenes Recht zu verwirklichen, bleibt in Ansehung der obligatorischen Stellung der betreffenden Person (des Nießbrauchers, des Pfandgläubigers, des Vorerben) zu unterscheiden von der Verfügung über fremdes Vermögen im Interesse des Berechtigten. Bei einer Verfügung der letzteren Art leitet sich die Befugniß des Verfügenden her aus Auftrag, Vollmacht oder einer von dem Gesetze verliehenen Vertretungsmacht. In den Fällen der ersteren Art ist der beschränkt Berechtigte gegenüber dem — in einem gewissen Sinne — unbeschränkt Berechtigten nur verbunden, sich innerhalb der Grenzen seines Rechtes zu halten, darüber hinaus aber nicht gehalten, für die Wahrnehmung eines fremden Interesses zu sorgen. Die Grenzen des beschränkten Rechtes werden nach außen durch Vorschriften dinglicher Natur, nach innen durch Vorschriften obligatorischer Natur festgesetzt. Daß auch die Vorschriften der letzteren Art zur Begrenzung des beschränkten Rechtes dienen, zeigt sich darin, daß das durch sie geschaffene Legalschuldverhältniß zwischen dem beschränkt Berechtigten und dem unbeschränkt Berechtigten als solchem besteht. Der Entwurf bestimmt die obligatorischen Pflichten des beschränkt Berechtigten im Einzelnen, nicht durch Angleichung an ein allgemein geregeltes Schuldverhältniß, wie durch Beilegung der Stellung als Stellvertreter (Prokurator). Dieser für den Fall des Nießbrauches und des Pfandrechtes von dem Entwurfe eingenommene Standpunkt muß auch für den Fall der Vorerbschaft beibehalten werden. Die Ergebnisse desselben erscheinen hier gleichfalls angemessen. Denn der Vorerbe würde unbillig behandelt, wenn seine Thätigkeit als die Ausführung eines fremden Geschäftes beurtheilt und er demgemäß für verpflichtet erklärt würde, die dem beschränkten Rechte unterliegenden Gegenstände zu verbessern und gemäß dem § 591 Rechenschaft abzulegen. Werden aber die Vorschriften über die Legalobligation des Nießbrauchers, namentlich der § 991, angewendet und werden die sonstigen Pflichten des Vorerben durch Einzelvorschriften geregelt, so bleibt der in dem Gegenstande liegende Unterschied von Einfluß. Dies wird dahin führen, daß in vielen Fällen den Vorschriften über den Nießbrauch ein höheres Prinzip entnommen und dasselbe auch im Falle der Vorerbschaft zur Anwendung gebracht wird. Auf diesem Wege wird sich insbesondere eine Fürsorgepflicht des Vorerben in Ansehung der Liquidation des Nachlasses und der Befreiung desselben von Passiven, deren zwangsweise Realisirung Schaden droht, entwickeln lassen. Jedenfalls ist durch die entsprechende Anwendung der §§ 991, 994—998 u. s. w. eine Fürsorgepflicht des Vorerben genügend bestimmt.

Inventarpflicht.

In Ansehung des Verzeichnisses der der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstände und der Feststellung des Zustandes dieser Gegenstände (§§ 992, 993, 1042) bedarf es einer besonderen Vorschrift deshalb nicht, weil der § 1815 die Vorschriften über den Nießbrauch schlechthin für anwendbar erklärt. Eine besondere Vorschrift würde jedoch nicht zu entbehren sein, wenn lediglich die Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen und Rechten in Bezug genommen worden wären.

Erlassung derselben.

Die Erlassung der Pflicht, ein Verzeichniß aufzunehmen, seitens des Erblassers könnte als unvereinbar mit der Nacherbschaft angesehen werden. Wäre dies richtig, so würde es erforderlich sein, durch eine besondere Vorschrift zu sorgen, daß eine derartige Bestimmung des Erblassers im Wege der Umdeutung als Zuwendung ejus, quod supererit aufrecht erhalten würde[1]). Eine solche Anordnung des Erblassers ist jedoch nicht für widerspruchsvoll und deshalb unwirksam zu erachten (vergl. § 1824). Besonders zu entscheiden, ob und inwieweit trotz einer solchen Anordnung des Erblassers der § 777 Anwendung findet, besteht kein Bedürfniß.

Die entsprechende Anwendbarkeit des § 996 wird nicht durch den § 1830 ausgeschlossen.

Einverleibte Stücke.

Der letzte Satz des § 1000 betrifft den Eigenthumserwerb an den von dem Nießbraucher dem Inventare einverleibten Stücken. Bei der Nacherbschaft gestaltet sich der Rechtsvorgang insofern anders wie bei dem Nießbrauche, als die einverleibten Stücke der nacherbschaftlichen Beschränkung unterworfen, nicht Eigenthum des Nacherben werden. Dies bestimmt der § 1825.

Verbindlichkeiten des Eigenthümers.

Die Vorschriften der §§ 1003, 1041 in Ansehung derjenigen Verbindlichkeiten, welche der Nießbraucher gegenüber dem Eigenthümer für die Zeit des Nießbrauches zu tragen verpflichtet ist, für die Nacherbschaft zu modifiziren, besteht kein Anlaß. Insbesondere ist es nicht erforderlich, in Ansehung der Nacherbfolge auch die Lasten, Zinsen und wiederkehrenden Leistungen, welche auf Grund einer erst nach Eintritt des Erbfalles entstandenen, jedoch dem Nacherben gegenüber wirksamen Verpflichtung zu berichtigen sind, besonders zu erwähnen. Im Falle des Nießbrauches findet die Beschränkung statt, daß der Eigenthümer nicht durch weitere Belastungen die Pflicht des Nießbrauchers, die Lasten zu tragen, erschweren kann. Diese Beschränkung ist im Falle der Nacherbschaft überall nicht anwendbar, da es in diesem Falle eine Person nicht giebt, von welcher dem Vorerben eine Erschwerung seiner Lasten droht. Andererseits ist es selbstverständlich, daß der Vorerbe, wenn er selbst einen Erbschaftsgegenstand belastet hat, vielleicht sogar ohne eine ihn persönlich treffende Verpflichtung, z. B. bei der Belastung mit einer Grundschuld, die hieraus entspringenden laufenden Verpflichtungen in gleicher Weise zu erfüllen hat, wie wenn er den Gegenstand mit der Belastung von dem Erblasser überkommen hätte[2]).

Ebensowenig ist es erforderlich, im Anschlusse an den § 1297 zu bestimmen, daß der Vorerbe die Zinsen erbschaftlicher Schulden und die wieder-

---

[1]) Vergl. Dernburg § 158 Anm. 15.

[2]) Vergl. hess. Entw. Art. 166 Abs. 2, 3; Eccius § 275 bei Anm. 18, 19.

kehrenden Leistungen, welche ein guter Hausvater aus den Einkünften seines Vermögens zu bestreiten pflegt, nicht über den Betrag der ihm zugefallenen Nutzungen hinaus zu tragen habe, und daß die Verpflichtung des Vorerben sich auf die Kosten eines von ihm über Erbschaftsgegenstände oder über Erbschaftsverbindlichkeiten geführten Prozesses erstrecke, das letztere ebenfalls unter Beschränkung auf den Betrag der gegebenen Nutzungen. In ersterer Hinsicht genügen die Vorschriften über das Inventarrecht (vergl. die §§ 1836, 1837). In letzterer Hinsicht ist das Bedürfniß zu einer solchen dem bestehenden Rechte fremden Erschwerung der Pflichten des Vorerben nicht anzuerkennen. Durch die Analogie des § 1297 läßt sich eine Vorschrift dieses Inhaltes nicht rechtfertigen, weil der Ehemann, welchem die Nutznießung und Verwaltung zusteht, gegenüber der Ehefrau eine Stellung hat, welche wesentlich verschieden ist von der Stellung des Vorerben gegenüber dem Nacherben. Es wäre nicht angemessen, Vorschriften auf den Nacherben zu übertragen, welche zum Schutze der Ehefrau gegenüber dem Ehemanne gegeben sind.

Sicherheitsleistung.

Die entsprechende Anwendbarkeit des § 1004 führt zu einem befriedigenden Ergebnisse. Allerdings kann sonst der bedingt oder von einem Anfangstermine an Berechtigte nur unter besonderen Umständen Sicherheitsleistung verlangen (§ 133). Als im Widerspruche hiermit stehend könnte es angesehen werden, daß gemäß dem § 1004 der Vorerbe schon vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge zur Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen, insbesondere zu einer Wiederherstellung (§ 995), angehalten werden kann. Allein der hiernach gegen den Vorerben zulässige Zwang zur Pflichterfüllung oder Wiederherstellung bezielt die Herbeiführung einer den Nacherben sichernden Sachlage, ist somit einer Sicherheitsbeschaffung gleichzuachten und gerade als die geeignetste Art der Sicherheitsbeschaffung anzusehen, welche bei der Milde der Vorschriften des Entwurfes über die Kautionspflicht des Nießbrauchers von besonderem Werthe ist.

Der Entwurf hat auch in Ansehung des Vorerben für den Regelfall von einer Sicherheitsleistung abgesehen, allerdings in Abweichung von der Mehrzahl der geltenden Rechte[1]). Für diese Entscheidung sind dieselben Gründe maßgebend, welche dazu geführt haben, in Ansehung des Nießbrauchers in gleicher Weise zu bestimmen (vergl. Motive zum Sachenrechte S. 518, 519).

Mit Rücksicht auf die Ablehnung einer besonderen Sicherheitsleistung seitens des Vorerben für alle Fälle führt die entsprechende Anwendung der §§ 1005—1007, 1009, 1010 über die Kautionspflicht und Rückgewährpflicht des Nießbrauchers zu einem angemessenen Ergebnisse; jedoch tritt an die Stelle der Rückgewährpflicht die Herausgabepflicht.

Mieth- oder Pachtverhältniß.

In Ansehung der entsprechenden Anwendung des § 1008 läßt sich erinnern, diese Vorschrift betreffe das Rechtsverhältniß des Nießbrauchers

---

[1]) Windscheid § 665 Anm. 14; Roth § 315 Anm. 29; bayr. L. R. III, 9 § 6 Nr. 10; Unger § 48 Anm. 8; sächs. G. B. § 2516; Mommsen § 454 Abs. 2; hess. Entw. Art. 169; für das württemb. Recht Stein § 161. — Das preuß. A. L. R. I, 12 § 472 hat Sicherheitsleistung nur bestimmt, soweit der Nießbraucher solche zu bestellen hat. Der code civil Art. 1059—1064 giebt dem Nacherben Sicherheit durch die Art der Regelung.

und des Eigenthümers zu dem Miether und dem Pächter, die entsprechende Anwendung werde durch den § 1815 nicht herbeigeführt, weil dieser sich nur auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Vorerben und dem Nacherben beziehe. Allein, da nach den §§ 1815, 1828 der Vorerbe gegenüber dem Nacherben berechtigt ist, in der Weise zu vermiethen und zu verpachten, daß der § 1008 zur Anwendung gelangen kann, so wird nicht zu bezweifeln sein, daß auch im Verhältnisse zwischen dem Pächter oder Miether und dem Nacherben die Verfügungsbeschränkung des Vorerben eine Ausnahme erleidet, folglich die §§ 509—512, 532, 537 Anwendung finden, wenngleich diese Vorschriften im Allgemeinen bei auflösend bedingten oder betagten Rechtsverhältnissen nicht zur Anwendung gelangen. Die Anwendbarkeit des § 512 auszuschließen, liegt ein genügender Grund nicht vor. Die Billigkeitsgründe, auf welchen der § 1008 beruht (Motive zum Sachenrechte S. 521, 522), treffen hier gleichfalls zu; die Anwendung entspricht einem praktischen Bedürfnisse hier wie bei dem Nießbrauche.

Veräußerlichkeit u. s. w.

Die §§ 1011—1017 über die Veräußerung, Aufhebung und den Schutz des Nießbrauches beziehen sich nicht auf das Verhältniß zwischen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer und sind also selbstverständlich nicht anwendbar auf das Rechtsverhältniß des Vorerben gegenüber dem Nacherben. Die §§ 1011—1013 ausdrücklich von der Anwendung auszuschließen, weil der § 1013 von der Haftung des Nießbrauchers, welcher veräußert hat, gegenüber dem Eigenthümer spricht, ist nicht erforderlich. Das Ergebniß einer entsprechenden Anwendung des auf den Schutz des Nießbrauchers sich beziehenden § 1017 geht schon anderweit aus dem § 2026 und aus den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch (§§ 2080 ff.) hervor.

Verbrauchbare Sachen.

Die entsprechende Anwendung der §§ 1018—1020 (Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen), des § 1029 Abs. 3 und des § 1030 (Nießbrauch an einer Forderung auf Leistung verbrauchbarer Sachen), führt zu einem befriedigenden Ergebnisse, sodaß von der Aufnahme besonderer Vorschriften für den Fall der Nacherbfolge abzusehen ist. Dem nach dem § 1018 eintretenden Eigenthumserwerbe entspricht im Falle der Nacherbfolge der Eintritt der freien Verfügungsbefugniß des Vorerben. Bei entsprechender Anwendung des § 1030 erlangt der Vorerbe über die Forderungen auf Leistung verbrauchbarer Sachen die freie Verfügungsbefugniß. Auf diese bei Berücksichtigung der obwaltenden Unterschiede zu gewinnenden Ergebnisse der Analogie besonders hinzuweisen, besteht kein Bedürfniß. Ebensowenig erscheint es geboten, hervorzuheben, daß mit dem Eintritte der freien Verfügungsbefugniß des Vorerben in den bezeichneten Fällen zwischen dem Vorerben und dem Nacherben alle obligatorischen Folgen eintreten, welche der Entwurf im Falle des uneigentlichen Nießbrauches zwischen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer eintreten läßt. Freilich ist nicht zu leugnen, daß der Vorerbe unter Umständen durch die nach dem § 1018 eintretende Verpflichtung zum Werthersatze schwer getroffen werden kann, und daß andererseits der Nacherbe durch Anwendung der Vorschriften über den uneigentlichen Nießbrauch insofern Nachtheile erleiden kann, als seine Sicherheit gemindert wird. Diese Bedenken treffen aber bei dem Nießbrauche in ganz gleicher Weise zu. Da

sie dort (Motive zum Sachenrechte S. 533 ff.) nicht für ausschlaggebend erachtet sind, so kann ihnen auch hier durchgreifende Bedeutung nicht beigelegt werden. Die Ausschließung der Anwendung der Vorschriften über den uneigentlichen Nießbrauch in Ansehung der ehelichen Nutznießung im Falle des § 1294 beruht auf besonderen Gründen, insbesondere darauf, daß die Ehefrau in höherem Maße gesichert werden muß gegenüber der ehelichen Nutznießung des Ehemannes, welche auf Gesetz beruht, als der Nacherbe, welcher durch Rechtsgeschäft als Nacherbe eingesetzt ist[1]).

Die §§ 1021—1026 betreffen die Begründung und Aufhebung des Nießbrauches an Rechten und beziehen sich nicht auf das innere Verhältniß des Nießbrauchers zum Eigenthümer. Daß sie für die Nacherbfolge nicht anwendbar sind, und was an deren Stelle zu gelten hat, ergiebt sich von selbst aus den im Entwurfe ausgesprochenen Grundsätzen über die Begründung der Rechte des Erben und des Nacherben und die rechtliche Stellung derselben. Der zweite Absatz des § 1021 ist zwar mittelbar für das innere Verhältniß des Nießbrauchers zum Eigenthümer nicht ohne Einfluß durch die Hinweisung auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Nießbrauch an Sachen. In dieser Beziehung aber genügt die grundsätzliche Vorschrift des § 1815.

Der § 1027 gedenkt des Rechtes auf Beziehung einer Leibrente, eines Leibgedinges u. s. w. als Gegenstandes des Nießbrauches. Soweit Rechte dieser Art bei der Vorerbschaft überhaupt vorkommen können, wird die Vorschrift des § 1027 entsprechend anzuwenden sein.

Einziehungsrecht und -pflicht.

Dasselbe wie von dem § 1027 gilt von dem § 1028 (Einziehungsrecht und Einziehungspflicht in Ansehung der dem Nießbrauche unterliegenden Forderung). Der § 1828 läßt in Verbindung mit dem § 1823 erkennen, daß es auch gegenüber dritten Personen (dinglich) genügt, wenn der Vorerbe gegenüber dem Nacherben zur freien Verfügung berechtigt ist.

Rechte am Gegenstande der Leistung.

Soweit die entsprechende Anwendung des § 1029 (Nießbrauch an dem Gegenstande der Leistung) in Betracht kommen kann, führt sie zu einem befriedigenden Ergebnisse. Der erste Absatz ist für die Vorerbschaft ersetzt durch den § 1825. Der zweite Absatz ist dahin umzudeuten, daß der Vorerbe gegenüber dem Nacherben verpflichtet ist, in die Buchung der nacherbschaftlichen Beschränkung zu willigen. Die Anwendung des dritten Absatzes ergiebt, daß der Vorerbe Eigenthümer der geleisteten verbrauchbaren Sachen wird mit den aus dem § 1018 sich ergebenden Folgen.

Abtretungsanspruch.

Wird der § 1030 entsprechend angewendet, so ergiebt sich, daß der Vorerbe nach Eintritt der Fälligkeit einer Forderung auf Leistung verbrauchbarer Sachen von dem Nacherben verlangen kann, daß das Recht an der Forderung von der nacherbschaftlichen Beschränkung befreit werde und daß mit Bewilligung dieser Befreiung seitens des Nacherben der Vorerbe dem Nacherben so verpflichtet wird, wie wenn er die Forderung eingezogen hätte. Dieses Ergebniß erscheint angemessen.

---

[1]) Vergl. Dernburg § 158 vor Anm. 8; Unger § 48.

Die entsprechende Anwendung des § 1031 führt dahin, daß der Nacherbe von dem Vorerben fordern kann, die von letzterem geschuldete Leistung habe an die Stelle der durch Vereinigung erloschenen Forderung zu treten. Im Uebrigen ersetzt der § 1833 den § 1031.

Der § 1032 kann übergangen werden. Wird der Nacherbe Schuldner einer erbschaftlichen Forderung, so liegt der Fall des § 1032 insofern nicht vor, als der Nacherbe nicht Gläubiger ist, solange die Vorerbschaft besteht. Der im § 1032 ausgesprochene Grundsatz, daß das Recht des Nießbrauchers (hier des Vorerben) dadurch nicht berührt wird, bleibt immerhin sachlich richtig. Im Falle der Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in der Person des Vorerben ist der § 1833 maßgebend.

Vereinigung.

Die §§ 1033—1036 von der entsprechenden Anordnung besonders auszuschließen, besteht mit Rücksicht auf die Regelung der §§ 1818—1822 um so weniger Anlaß, als der § 1815 ausdrücklich sagt, „soweit nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergiebt".

Der § 1037 kommt hier nicht in Betracht, da er nur die Begründung des Nießbrauches an einem Inhaberpapiere zum Gegenstande hat. Die §§ 1038 bis 1043 sind bereits S. 94 gewürdigt.

§ 1823.

3. Zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderliche Verfügungen.

Verfügungsfreiheit.

Die Befugniß des Vorerben zu jeder Verfügung, welche zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist, muß den beschränkenden Vorschriften der §§ 1815—1822 vorgehen (Abs. 1 Satz 1). Diese Verfügungsfreiheit des Vorerben hat in Ansehung aller Nachlaßgegenstände einzutreten; sie muß insbesondere auch in Ansehung der auf Zinsen ausstehenden Forderungen und der Inhaberpapiere eine gleich unbeschränkte sein, wenn nicht der Vorerbe ohne Noth zu sehr in der Verfügung beengt werden soll.

Dritte, welchen gegenüber der Vorerbe geltend macht, eine Verfügung sei zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich, müssen geschützt werden gegen Benachtheiligungen, welche zu besorgen sind, wenn ihnen obliegt, zu beweisen, die Verfügung sei zu dem bezeichneten Zwecke erfolgt. Deshalb wird dem Vorerben die Pflicht auferlegt, auf Verlangen des Dritten die Einwilligung des Nacherben beizubringen (Abs. 1 Satz 2).

Die Erweiterung der Befugnisse des Vorerben entspricht einem praktischen Bedürfnisse und steht wohl mit dem überwiegend geltenden Rechte im Einklange[1]).

In Ansehung der im ersten Satze des Abs. 1 beispielsweise erwähnten Erfüllung von Verbindlichkeiten, welche der Vorerbe gegenüber dem Nacherben nicht selbst zu tragen hat, kommt insbesondere in Betracht, daß, wenn zu jeder Verfügung, welche die Liquidation des Nachlasses bezweckt, die Mitwirkung des Nacherben unentbehrlich wäre, die Liquidation in unerträglicher

[1]) Vergl. Windscheid § 665 Anm. 9; Eccius § 275 Anm. 14; Dernburg § 158 Anm. 2, 8 ff.; sächs. G. B. § 2517; Mommsen § 455 Abs. 1.

Weise erschwert werden würde und dadurch auch die Gläubiger Nachtheile erleiden können. Durch solche Beschränkungen wird der Vorerbe nur zu leicht veranlaßt, sich über seine gesetzliche Verpflichtung hinwegzusetzen. Die freiere Stellung des Vorerben entspricht aber auch dem anzunehmenden Willen des Erblassers. Dem Nacherben, welcher in der Regel in der obligatorischen Verantwortlichkeit des Vorerben hinreichende Sicherheit findet, erspart sie in vielen Fällen die Mühe der Mitwirkung. Hinzu tritt, daß die Erschwerung der Liquidation in allen denjenigen Fällen, in welchen die Nacherbfolge nicht eintritt, sei es, weil die Bedingung nicht erfüllt wird, sei es aus anderen Gründen, eine vergebliche sein würde.

Die Erschwerung zeigt sich besonders dann, wenn der Nacherbe eine noch nicht empfangene Person oder geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist oder wenn die Persönlichkeit des Nacherben erst durch ein nach dem Erbfalle eintretendes Ereigniß bestimmt wird.

Der naheliegende Einwand, die Voraussetzung eigne sich nicht als Voraussetzung für die dingliche Wirkung der Verfügung, weil deren Vorhandensein für Dritte nicht ersichtlich sei, kann als durchschlagend nicht anerkannt werden. Der Dritte ist nicht allein durch die Vorschriften über den guten Glauben, sondern auch durch die Vorschrift des zweiten Satzes des Abs. 1 ausreichend geschützt. Bezieht sich die Verfügung des Vorerben auf ein Grundstück oder ein Recht an einem solchen, so wird, falls die Beschränkung eingetragen ist, dem Grundbuchamte in gehöriger Weise nachzuweisen sein, daß die Voraussetzung vorliegt.

Die Vorschrift findet auch in Ansehung der Surrogate (§ 1825) Anwendung; dies machen die Worte „der Nacherbfolge unterliegende Gegenstände" ersichtlich. Die Fassung „welche der Vorerbe gegenüber dem Nacherben nicht selbst zu tragen hat" ist gewählt, weil der im § 1815 für anwendbar erklärte § 1003 erkennen läßt, welche Verbindlichkeiten der Vorerbe gegenüber dem Nacherben für die Zeit der Vorerbschaft zu tragen verpflichtet ist.

Daß die Befugniß der freien Verfügung zum Zwecke der ordnungsmäßigen Verwaltung außer auf rechtliche auch auf thatsächliche Verfügungen sich bezieht, insbesondere also auch auf die in den §§ 994, 998—1000 bezeichneten, bedarf eines besonderen Ausdruckes nicht. Dies ergiebt sich ohne Weiteres aus dem Umstande, daß in dem Größeren das Geringere enthalten ist.

Ausnahme bei hinterlegten Inhaberpapieren.

Von der Regel der Verfügungsfreiheit (Abs. 1) wird eine Ausnahme gemacht (Abs. 2) für den besonderen Fall des § 1822 Abs. 2. Es soll also, wenn mit hinterlegten Inhaberpapieren der im § 1822 bezeichneten Art zur Wahrung der Rechte aus denselben besondere Verwaltungshandlungen nöthig werden, stets jene besondere Einwilligung des Nacherben erforderlich sein, selbst wenn die Voraussetzungen des ersten Absatzes vorliegen. In solchen Fällen überwiegt der Gesichtspunkt, daß der Nacherbe gegen die Gefahren zu sichern ist, welche sich für ihn daraus ergeben, daß die Papiere in die Hand des Vorerben gelangen. Der Vorerbe aber wird nicht auf eine die Geschäftsabwickelung wesentlich erschwerende Weise beschränkt, wenn nur die im Interesse

der Erfüllung der Verpflichtungen, welche auf dem Nachlasse ruhen, sowie die im Interesse der ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlichen Verwaltungshandlungen unterschieden werden von den zur Wahrung der Rechte aus hinterlegten Inhaberpapieren von Zeit zu Zeit nothwendigen Verwaltungshandlungen. Wegen der Form der Einwilligung vergl. § 1831.

§ 1824.

4. Beilegung größerer Rechte durch Erblasser.

Die dispositive Natur der die Rechte des Vorerben beschränkenden Vorschriften stellt die dem geltenden Rechte entsprechende Vorschrift des § 1824[1]) klar, indem ausgesprochen wird, der Erblasser könne dem Vorerben größere Rechte, als die in den §§ 1815—1822 bezeichneten, beilegen. Will der Erblasser den Vorerben beschränken, so kann er dies nur insoweit thun, als ein Erbe überhaupt durch Auflagen u. s. w. beschränkt werden kann; eine solche Verfügung hat lediglich obligatorische Wirkungen.

§ 1825.

III. Weitere Vorschriften.

1. Surrogation.

Das preuß. A. L. R. hat eine den Surrogationsgrundsatz zum Ausdrucke bringende Vorschrift nicht. Im sächs. G. B. findet sich eine derartige Vorschrift („oder im Werthe") nur für die Nacherbschaft auf den Ueberrest. Nach Unger § 48 Anm. 14 gilt der Grundsatz für das österr. G. B., für das gemeine Recht findet er sich anerkannt in l. 70 § 3, l. 71, 72 D. de leg. III, für das bayr. L. R. in III, 9 § 6 Nr. 14.

In Ansehung der besonderen Art der Surrogirung, welche bei der Erhebung von Versicherungsgeldern eintritt, ist bereits im § 1817 Abs. 2, 3 bestimmt.

Im Uebrigen spricht der § 1825 den Surrogationsgrundsatz aus.

Die Vorschrift gedenkt der Gegenstände, welche der Vorerbe auf Grund eines der Nacherbfolge unterliegenden Rechtes erwirbt, sofern nicht diese Gegenstände als Nutzungen dem Vorerben gebühren, ferner der Gegenstände, welche der Vorerbe als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstandes erwirbt. Daß diese Gegenstände als der Nacherbfolge unterliegende Gegenstände gelten müssen, ergiebt sich ohne Weiteres, wenn der Zweck des Institutes erreicht werden soll.

Ferner werden erwähnt die Gegenstände, welche der Vorerbe durch die auch gegenüber dem Nacherben wirksame Veräußerung eines der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstandes erworben hat. Diese Ausdehnung auf den rechtsgeschäftlichen Erwerb kann als zu weit gehend angesehen werden. Es kann aufgestellt werden, es sei geboten, den rechtsgeschäftlichen Erwerb dem Nacherben nur insoweit zukommen zu lassen, als eine Verpflichtung des Nacherben gegenüber dem Vorerben vorliege, die von dem Vorerben zum Zwecke des Er-

---

[1]) Vergl. Windscheid § 665 Anm. 11; Brinz § 430 Anm. 58; Roth § 315 Anm. 39; Unger § 48 Anm. e; Eccius § 275 Anm. 12; sächs. G. B. § 2517; Mommsen § 455.

werbes eingegangenen Verbindlichkeiten zu erfüllen. Eine solche Verpflichtung des Nacherben wäre nur dann auszusprechen, wenn das die Verpflichtung begründende Rechtsgeschäft zur ordnungsmäßigen Verwaltung, insbesondere zur Erfüllung von Nachlaßverbindlichkeiten, erforderlich sei. Allein eine Vorschrift der letzteren Art wäre bedenklich. Es mag nicht unzweifelhaft sein, daß, soweit dem Vorerben vollwirksame dingliche Verfügung gestattet ist, der Nacherbe auch zur Erfüllung des die obligatorische causa der dinglichen Verfügung enthaltenden obligatorischen Geschäftes des Vorerben mittels Leistung des versprochenen Gegenstandes verpflichtet ist. Wird aber selbst angenommen, daß eine solche Verpflichtung nicht bestehe, so führen die Vorschriften über die von den Nacherben zu ersetzenden Verwendungen (§ 1010) zu einem angemessenen Ergebnisse.

Endlich gedenkt der Entwurf derjenigen Gegenstände, welche der Vorerbe zum Inventare eines erbschaftlichen Grundstückes angeschafft und in das Inventar einverleibt hat. Die Aufnahme dieser Vorschrift ist erforderlich, weil der § 1815 zur Uebertragung der sachenrechtlichen Vorschrift im letzten Satze des § 1000 auf den Fall der Nacherbfolge nicht führen würde.

Auf diejenige Abweichung im Gesetze besonders hinzuweisen, welche sich ergiebt, wenn Geld oder andere verbrauchbare Sachen mittels Surrogirung an die Stelle von erbschaftlichen Gegenständen treten, ist nicht erforderlich. In diesem Falle ändert sich die Beurtheilung insofern, als in Folge der entsprechenden Anwendung des § 1018 die verbrauchbaren Sachen der unbeschränkten Verfügungsbefugniß des Vorerben unterworfen werden und nur der Vorerbe dem Nacherben ersatzpflichtig wird. Allein die Anwendbarkeit des § 1018 läßt keinen Zweifel darüber, daß solche Sachen dem Vorerben, welcher der gegenwärtige Eigenthümer schon an sich ist, unbeschränkt gehören und im Verhältnisse zwischen dem Vorerben und dem Nacherben nicht einen Theil der herauszugebenden Erbschaft bilden.

Dereliktionsbefugniß des Vorerben.

Die Frage, ob etwa dem Vorerben ein Weg zu eröffnen sei, um sich von seinem Rechte loszusagen und sich gegenüber dem Nacherben auch schon vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge zu befreien, da auch dem durch ein Rückfallsrecht beschränkten Eigenthümer eines Grundstückes und dem Nießbraucher die einseitige Lossagung von ihrem Rechte nicht versagt sei, wird in der Theorie des preuß. A. L. R. erörtert[1]).

Ein Bedürfniß, eine Vorschrift hierüber aufzunehmen, besteht nicht. Der Vorerbe kann sich seiner Rechtsstellung als Erbe nicht auf rechtsgeschäftlichem Wege entledigen, weder durch ein einseitiges Rechtsgeschäft noch durch eine auf Erfrühung des Eintrittes der Nacherbfolge gerichtete Uebereinkunft mit dem Nacherben. Die Regel der Dereliktionsfähigkeit der Rechte an Sachen (§ 904) gilt nicht für die definitiv erworbene Erbschaft. Ein Uebelstand läßt sich darin nicht erblicken, daß der Vorerbe erst mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge wie verpflichtet so berechtigt wird, die Erbschaft herauszugeben. Sollte aber dem Vorerben im Verhältnisse zum Nacherben das Recht beigelegt werden, die Erbschaft früher herauszugeben, so ließe sich dies auf dem Wege

---

[1]) Vergl. Dernburg § 159 Anm. 3; Gruchot II S. 90; Eccius § 275 Anm. 31.

erreichen, daß die an sich nicht anwendbaren Vorschriften über den Verzug (§§ 254—262) hier für anwendbar erklärt würden. Die Herausgabe der Vorerbschaft nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge dient indessen nur dazu, den Zustand herzustellen, welcher der kraft des Gesetzes veränderten Sachlage entspricht. Von einer solchen Herausgabe kann also vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge nicht die Rede sein, folglich auch nicht von einem Anbieten, welches einer Herausgabeverpflichtung entspricht.

Würden jene Vorschriften über den Verzug für anwendbar erklärt, so träte das widerspruchsvolle Ergebniß ein, daß ein Anbieten für wirksam erklärt würde, ohne daß eine Verpflichtung besteht, deren Inhalt die angebotene Leistung entspräche.

§ 1826.

2. Eintragung in das Grundbuch.

Die Rechte des Nacherben zu sichern, bietet die Eintragung in das Grundbuch Gelegenheit. Demgemäß wird bestimmt, daß das Recht des Nacherben, sobald ein der Nacherbfolge unterliegendes Recht des Vorerben in das Grundbuch eingetragen wird, von Amtswegen einzutragen sei (Abs. 1). Durch die Eintragung wird das Recht des Nacherben für Dritte erkennbar gemacht. Die Vorschrift nimmt aber zugleich Stellung zu einer Streitfrage im preuß. Rechte, indem sie, entgegen der für dieses Recht anscheinend bestehenden Praxis[1]), die Einschreibung von Amtswegen bestimmt. Nur hierdurch wird das Recht des Nacherben in ausreichender Weise gesichert. Aehnliche Vorschriften finden sich in anderen Rechten[2]).

Die Vorschrift ist nicht lediglich instruktioneller Natur; sie stellt klar, daß das Recht des Vorerben sachlich durch das Recht des Nacherben gemindert wird, und daß daher, wenn der Vorerbe unbeschränkt eingetragen wird, das Grundbuch unvollständig und unrichtig wird, somit der § 843 anwendbar ist.

Anspruch des Nacherben auf Bewirkung der Eintragung.

Der durch die Vorschrift des ersten Absatzes dem Nacherben gewährte Schutz wäre von geringem Werthe, wenn nicht zugleich dem Nacherben gegen den Vorerben ein Anspruch gewährt würde dahin, daß der letztere seine Rechte, soweit sie der Nacherbfolge unterliegen, für sich eintragen lasse. Demgemäß bestimmt der zweite Absatz. Wenn auch noch dahingestellt bleiben muß, ob nicht ein ähnlicher Grundsatz in die Grundbuchordnung aufzunehmen sein wird für alle diejenigen Fälle, in welchen einer Person ein buchungsfähiges Recht zusteht, dessen Eintragung die Buchung eines Vorberechtigten voraussetzt, so ist doch die Aufnahme der Vorschrift rathsam. Der Nacherbe erwirbt mit dem Eintritte des Erbfalles ein buchungsfähiges Recht. Von dem allgemeinen Grundsatze, daß derjenige die Buchung verlangen kann, welchem ein

---

[1]) Vergl. Eccius § 275 Anm. 30 mit § 169 Anm. 29; Dernburg § 158 bei Anm. 7.

[2]) Code civil Art. 1069—1072; nass. Verordn. vom 25. Februar 1852 (§ 11), 31. Mai 1854 (§ 38); österr. Recht nach Unger § 48 bei Anm. 8; Mommsen § 455 Abs. 3; hess. Entw. Art. 164.

buchungsfähiges Recht zusteht, kann um deswillen eine Ausnahme nicht gemacht werden, weil im Grundbuche das Recht des Nacherben nur als eine Beschränkung des Rechtes des Vorerben erscheint, folglich die Eintragung die Eintragung des Rechtes des Vorerben voraussetzt. Da jedoch die Buchung des Rechtes des Nacherben von der Buchung des Rechtes des Vorerben abhängig ist, so kann dem Nacherben nur ein Anspruch gegen den Vorerben gewährt werden, daß der Vorerbe dem Rechte des Nacherben zur Eintragung verhelfe. Dagegen kann eingewendet werden, durch ein solches Verlangen könne der Vorerbe des ihm nach dem § 869 zustehenden Rechtes verlustig gehen, mit Ersparung der Eintragung seines Eigenthumes weiter zu veräußern. Allein ein solcher Vortheil kommt gegenüber dem Rechte des Nacherben, wie in allen ähnlichen Fällen, nicht in Betracht. Der dem Nacherben gewährte Anspruch kann auch bei den nach Eintritt des Erbfalles von dem Vorerben nachträglich erworbenen Rechten, welche buchungsfähig sind, aber ohne Buchung erworben werden, nämlich bei Briefhypotheken und Grundschulden, von Belang sein.

Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften dann auszuschließen, wenn der Erblasser dem Vorerben gestattet hat, über das erbschaftliche Recht ohne Einwilligung des Nacherben zu verfügen, ist deshalb nicht zulässig, weil auch in einem solchen Falle die Eigenschaft des Gegenstandes als eines Bestandtheiles der Nacherbschaft von Bedeutung und von Einfluß bleibt, da, wenn über den Gegenstand von dem Vorerben nicht verfügt ist, der Gegenstand dem Nacherben im Falle des Eintrittes der Nacherbfolge kraft des Gesetzes anfällt.

Eine Auslegungsregel dahin, daß, wenn der Erblasser angeordnet hat, die Eintragung des Rechtes des Nacherben solle unterbleiben, anzunehmen sei, der Vorerbe könne ohne Einwilligung des Nacherben verfügen, erscheint gleichfalls nicht zulässig. Regelmäßig wird sich diese Auslegung von selbst ergeben, da der Erblasser nicht bestimmen kann, die Eintragung solle unterbleiben, die Beschränkung des Vorerben aber aufrecht erhalten bleiben. Weiter zu gehen, besteht um so weniger ein Bedürfniß, als das Grundbuchamt auf Grund einer gesetzlichen Auslegungsregel nicht von dem regelmäßigen Verfahren würde abweichen dürfen, vielmehr doch die Einwilligung oder Anerkennung des Nacherben erfordern müßte.

Wegen der Ertheilung eines Erbscheines an den Vorerben vergl. § 2075 Abs. 1.

Kosten der Eintragung rc.

Zu bestimmen, daß der Nacherbe die Kosten der Errichtung des Vermögensverzeichnisses sowie der Eintragung des nacherbschaftlichen Rechtes in das Grundbuch zu tragen habe[1]), ist mit Rücksicht auf den § 1815 in Verbindung mit den §§ 992, 993, 1042 nicht erforderlich.

§ 1827.

3. Pfleger für den Nacherben.

Die Frage, ob es zulässig, einer unbestimmten, vielleicht noch nicht einmal zur Existenz gelangten Person einen Pfleger zu bestellen, ist bereits in

---

[1]) Vergl. hess. Entw. Art. 171 Abs. 2.

den §§ 1741, 1742 beantwortet. Der § 1741 gestattet, einer Leibesfrucht, für welche bei Voraussetzung der bereits erfolgten Geburt eine Vormundschaft oder Pflegschaft anzuordnen sein würde, einen Pfleger zu bestellen; der § 1742 giebt eine gleiche Vorschrift für den Fall, daß nicht bekannt oder gewiß ist, wer bei einer Angelegenheit der Betheiligte sei, sofern eine Vertretung desselben erforderlich wird. Der § 1742 bezieht sich auch auf den Fall, daß der zu Vertretende eine noch nicht existirende Person ist. Allerdings wird nur eine Vertretung zur Wahrnehmung des Interesses des Vertretenen bei einer einzelnen Angelegenheit, nicht eine allgemeine Vertretung gestattet. Nur die erstere Vertretung erscheint aber auch hier erforderlich. Eine Vorschrift würde hiernach entbehrlich sein. Die Aufnahme der Vorschrift des § 1827, durch welche in Ansehung der Frage, ob einer noch nicht empfangenen Person oder Jemandem, dessen Persönlichkeit erst durch ein noch nicht eingetretenes Ereigniß bestimmt wird, in der Eigenschaft als Nacherbe ein Pfleger zu bestellen sei, auf den § 1742 verwiesen wird, ist jedoch für zweckmäßig erachtet, weil damit klargestellt wird, auf welchem Wege die nacherbschaftlichen Rechte zur Ausübung gelangen, wenn eine der im § 1742 bezeichneten Personen zum Nacherben eingesetzt wird und weil dadurch zugleich der § 1742 eine Erläuterung dahin erfährt, daß zu den in diesem Paragraphen bezeichneten Personen auch die als Nacherben einsetzbaren, noch nicht empfangenen Personen sowie die bezeichneten Persönlichkeiten gehören[1]).

Rechtsfähigkeit des noch nicht empfangenen Nacherben.

Durch Aufnahme einer Vorschrift dahin, daß eine zu den Nacherben gehörende Person, welche noch nicht empfangen ist, in Ansehung der dem Nacherben während der Vorerbschaft zustehenden Rechte rechtsfähig ist, würde die Anwendbarkeit des § 1742 noch näher erläutert werden. Gegenüber dem Entwurfe besteht jedoch kein Bedürfniß, eine solche besondere Vorschrift aufzunehmen; insbesondere giebt dazu das Bedenken, welches in der Theorie erhoben ist, daß die nacherbschaftlichen Rechte solcher Personen, wie sie vorstehend bezeichnet sind, subjektlos seien, keinen hinreichenden Anlaß.

Zuständigkeit des Nachlaßgerichtes.

In dem bezeichneten Falle die Bestellung eines Vertreters dem Nachlaßgerichte zu übertragen, oder dies wenigstens dann zu thun, wenn es sich um eine noch nicht bestimmte Persönlichkeit handelt, ist nicht für angemessen erachtet. Dagegen spricht schon der Umstand, daß nicht überall eine Organisation der Nachlaßgerichte vorausgesetzt werden kann, welche dieselben geeignet erscheinen läßt, die hier in Betracht kommenden Funktionen der Vormundschaftsgerichte wahrzunehmen.

Kosten der gesetzlichen Vertretung.

Eine Vorschrift darüber, wer die Kosten für die gesetzliche Vertretung des Nacherben zu tragen hat, insbesondere etwa dahin, daß der Vorerbe solche aus der Erbschaft zu tragen habe, vorbehaltlich der Erstattung oder Kürzung bei Herausgabe der Erbschaft, ist nicht erforderlich. Beantwortet wird durch eine solche Vorschrift nur die Frage, ob die öffentliche Kasse und der bestellte gesetzliche Vertreter des Nacherben sich an den Vorerben als Schuldner halten können; denn über das innere Verhältniß zwischen dem Vorerben und dem

[1]) Wegen der Auffassung des preuß. Rechtes vergl. Eccius § 251 Anm. 45, 46, 48; vergl. ferner code civil Art. 1055 ff.; hess. Entw. Art. 168.

Nacherben entscheidet der § 1827 nicht. Die Entscheidung wäre erforderlich, wenn sich befürchten ließe, daß die Offizialthätigkeit der Vormundschaftsgerichte zum Nachtheile des Nacherben von dieser Entscheidung abhängen werde; eine solche Befürchtung erscheint aber nicht begründet. Maßgebend müssen sein theils die landesgesetzlichen Vorschriften über die Erhebung von Gebühren, theils der letzte Wille des Erblassers. Soweit der letztere in Betracht kommt, wird die Auslegung in der Regel zu einem bejahenden Ergebnisse gelangen müssen; denn, wenn der Erblasser die Nacherbschaft will und anordnet, so wird sich daraus zumeist herleiten lassen, daß nach seinem Willen auch die zur Durchführung seiner Anordnungen erforderlichen Mittel dem Nachlasse entnommen werden sollen.

Mitwirkung des voraussichtlichen Nacherben.

Weiter läßt sich die Frage aufwerfen, wie es zu halten sei, wenn etwa schon vorauszusehen ist, daß eine bestimmte Person der künftige Nacherbe sein werde, während doch die in Ansehung der Person des Nacherben bestehende Ungewißheit noch nicht völlig gehoben ist. Daß ein Anlaß bestehe, in dieser Beziehung mit einer besonderen Vorschrift einzugreifen, kann nicht anerkannt werden. Es kann nicht wohl unterschieden werden zwischen verschiedenen Graden der Ungewißheit. Solange die Person des Nacherben noch nicht feststeht, besteht zwar ein Interesse, aber kein Recht für denjenigen, welcher die meiste Aussicht hat, es werde schließlich die Ungewißheit dahin gehoben werden, daß er der Nacherbe sei. Auch in einem solchen Falle ist ein Pfleger zu bestellen. Bei Anordnung der Pflegschaft wird das Vormundschaftsgericht selbstverständlich, wenn es angeht, den Nächstbetheiligten hören, da von diesem die beste Auskunft zu erwarten ist. Eine weitere Berücksichtigung einer solchen Person ist nicht gerechtfertigt, auch nicht zur Wahrung der nacherbschaftlichen Rechte erforderlich.

§ 1828.

Verfügung des Vorerben über einen nacherbschaftlichen Gegenstand.

Beschränkung.

Wenngleich der Vorerbe bis zum Eintritte der Nacherbfolge Erbe ist, so müssen doch die hieraus sich ergebenden Folgen weit reichenden Beschränkungen unterliegen, wenn nicht das Recht des Nacherben von dem Vorerben soll willkürlich vereitelt werden können. Diese Beschränkungen haben insofern einen dinglichen Karakter, als sie ihre Wirkungen auch gegenüber dritten Personen äußern und die Verfügungsmacht des Vorerben schwächen. Auf diese Beschränkungen beziehen sich die Vorschriften des § 1828. Von anderer Art sind die Beschränkungen, welche sich aus den Verpflichtungen des Vorerben gegenüber dem Nacherben ergeben, Verpflichtungen, welche daraus hervorgehen, daß das Gesetz den Vorerben in ein Schuldverhältniß zum Nacherben bringt, und ihm gewisse Pflichten in Ansehung der ordnungsmäßigen Erhaltung und Verwaltung des Nachlasses auferlegt. Die dinglichen Beschränkungen geben dem Nacherben dingliche Sicherheit, wirken aber zugleich beengend für eine zweckmäßige Liquidation und Verwaltung des Nachlasses seitens des Vorerben.

Enthielte das Gesetz dingliche Beschränkungen des Vorerben nicht, so würden gleichwohl solche Beschränkungen schon aus den Vorschriften des Allgemeinen Theiles sich herleiten lassen. Das Rechtsverhältniß des Vorerben

gleicht im Wesentlichen demjenigen Rechtsverhältnisse, welches eintritt, wenn ein Recht unter einer auflösenden Bedingung oder mit einem Endtermine übertragen worden ist. Für diesen Fall ist in den §§ 135, 142 Abs. 2 bestimmt. Danach verbleibt es in jeder Beziehung bei den Folgen, welche sich daraus ergeben, daß während des Schwebens der Bedingung das Recht als dem bedingt Verpflichteten zustehend angesehen wird. Beschränkt sind die Folgen lediglich durch den Satz „resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum", abgesehen von der Sondervorschrift des § 871, nach welcher (vornehmlich aus wirthschaftlichen Gründen) gegen den durch ein Rückfallrecht beschränkten Eigenthümer eines Grundstückes zwar die Zwangsverwaltung, aber nicht die Zwangsversteigerung des Grundstückes als Mittel der Zwangsvollstreckung zulässig sein soll.

Die entsprechende Anwendbarkeit dieser Vorschriften liegt für den Fall der Nacherbschaft ganz besonders nahe. Gegen die unmittelbare Anwendbarkeit derselben läßt sich jedoch einwenden, daß, wenn auch die zeitliche Begrenzung des Rechtes des Vorerben (selbst wenn er als gesetzlicher Erbe eintritt), auf Rechtsgeschäft, nämlich Testament, beruht, das übertragene Recht nicht an den Uebertragenden zurückfallen, sondern demnächst auf eine andere Person, den Nacherben, übergehen soll. Außerdem steht nur das Erbrecht des Vorerben unter der zeitlichen Begrenzung, und es läßt sich in Frage stellen, ob diese zeitliche Begrenzung sich von selbst auf alle Einzelrechte erstrecke. Dagegen lassen sich hieraus keine Gründe entnehmen, aus welchen die Anwendbarkeit der Vorschriften auf den Fall der Nacherbfolge für unpassend zu erachten oder auszuschließen wäre.

Der Zweifel kann sich erheben, ob es nicht den Vorzug verdiene, den Vorerben in der Verfügung über die erbschaftlichen Gegenstände nach Maßgabe des § 107 (relatives Veräußerungsverbot) zu beschränken, zumal im geltenden Rechte überwiegend von einem Veräußerungsverbote die Rede ist[1]). Allein das Ergebniß würde, wenn der § 107 zu Grunde gelegt würde, ein wesentlich verschiedenes sein. Nach dem § 135 werden alle Verfügungen, welche das Recht des bedingt Verpflichteten zur Voraussetzung haben, insoweit hinfällig, als erforderlich ist, damit das bedingte Recht nicht vereitelt werde; nach dem § 107 dagegen werden nur die eigenen Verfügungen des durch das Veräußerungsverbot Betroffenen entkräftet und außerdem die diesen eigenen Verfügungen gleichgesetzten, im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgenden Verfügungen, während das Veräußerungsverbot gegenüber den Konkursgläubigern im Konkurse des Verpflichteten seine Wirkungen verliert (§ 107 Abs. 3). Im Falle des § 107 ist der Zwangsverkauf (außerhalb des Konkurses) mit Vorbehalt der Rechte aus wirthschaftlichen Gründen untersagt (Abs. 4 das.); gegenüber dem bedingt Verpflichteten ist nur im Falle des § 871 die Zwangsversteigerung, nicht die Zwangsverwaltung, ausgeschlossen. Es wird endlich anzunehmen sein,

---

[1]) Vergl. Windscheid § 665 Anm. 8; Brinz § 430 bei Anm. 53; Unger § 48 Anm. 7, 9; sächs. G. B. § 2517; Mommsen § 455; hess. Entw. Art. 166, 167 (dessen Mot. S. 112).

obſchon eine ausdrückliche Vorſchrift darüber im Geſetze nicht gegeben iſt, daß auf die nach den §§ 135, 141, 142 eintretende Unwirkſamkeit der Verfügung auch ein Dritter ſich berufen kann, ſolange eine Genehmigung der Verfügung ſeitens desjenigen, deſſen Recht ſie verletzt, nicht erfolgt iſt, während im Falle des § 107 die Verfügung nur gegenüber dem Berechtigten (§ 107 Abſ. 1) unwirkſam iſt. Vergl. Motive zum Allg. Th. S. 213 ff. und wegen des Unterſchiedes zwiſchen dem Veräußerungsverbote und der dinglichen Gebundenheit bei Bedingungen S. 260 ebenda.

Der Entwurf hat ſich demgemäß nicht an den § 107, ſondern an die §§ 135, 142 Abſ. 2 in Anſehung der Verfügungsbeſchränkung des Vorerben angelehnt, und iſt insbeſondere Gewicht darauf gelegt, daß jedenfalls dem Rechte des Nacherben im Konkurſe des Vorerben die Wirkſamkeit nicht entzogen werden dürfe und damit ohnehin eine der weſentlichen Beſonderheiten des § 107 aufgegeben werden müßte.

Der erſte Abſatz giebt dem Inhalte nach den § 135 wieder, ſoweit deſſen Vorſchriften für den Fall der Nacherbfolge Anwendung finden ſollen, abgeſehen von dem im § 1829 beſonders behandelten Falle der Zwangsvollſtreckung, lehnt alſo den Standpunkt eines geſetzlichen Veräußerungsverbotes ab. Eine Verweiſung auf den § 135 iſt nicht erfolgt. Der Standpunkt des Geſetzes wird auch ohne Verweiſung klar hervortreten, während, wenn die Verweiſung erfolgte, doch die hier eintretenden Maßgaben beſonders auszudrücken ſein würden. Dagegen iſt der Anſchluß in der Faſſung gewählt.

Ueber die Wirkung der Einwilligung oder Genehmigung des Nacherben enthält ſich der Entwurf beſonderer Vorſchriften. Die Vorſchriften über die Verpflichtung des Nacherben gegenüber dem Vorerben, Einwilligung oder Genehmigung zu ertheilen (Abſ. 3), ſchließen jeden Zweifel aus. Die Vorſchriften der §§ 309, 310, 830, 834, 841, 1087, 1091, 1106, 1107, 1134, 1142, 1144, 1196, 876, 877, 1147 finden als von allgemeinerer Tragweite ſelbſtverſtändlich auf die Verfügungen des Vorerben Anwendung.

Ausnahmen.

Die Vorſchrift des zweiten Abſatzes ſtellt das Verhältniß zu der dem Vorerben in den §§ 1815—1824 beigelegten Befugniß, gewiſſe Verfügungen ohne Einwilligung des Nacherben vorzunehmen, klar, indem beſtimmt wird, die Verfügung werde nicht unwirkſam, wenn ſie nach den bezeichneten Vorſchriften von dem Vorerben ohne Einwilligung des Nacherben vorgenommen werden kann. Welche Fälle in Betracht kommen, erhellt aus den angezogenen Vorſchriften, und insbeſondere ergiebt ſich aus den §§ 1823, 1824, daß dahin zählen: Verfügungen, welche erforderlich ſind zur ordnungsmäßigen Verwaltung der der Nacherbſchaft unterliegenden Gegenſtände oder zur Erfüllung von Verbindlichkeiten, welche der Vorerbe gegenüber dem Nacherben nicht ſelbſt zu tragen hat, und ferner Verfügungen, welche der Erblaſſer durch ſeine Anordnungen dem Vorerben geſtattet hat.

Einwilligungs-pflicht ꝛc. des Nacherben.

Die Vorſchrift des dritten Abſatzes über die Einwilligungs- und Genehmigungspflicht des Nacherben iſt im Intereſſe des Vorerben unentbehrlich. Ohne eine Verpflichtung des Nacherben, zu ſolchen Verfügungen des Vorerben, welche nach den Vorſchriften des zweiten Abſatzes im Falle der Nacherbfolge

nicht unwirksam werden, die Einwilligung oder Genehmigung zu ertheilen, würde der Vorerbe wesentlich gehindert sein, über den Nachlaß zu verfügen; insbesondere würde er oft seine Verfügungsbefugniß im einzelnen Falle Dritten nicht nachweisen können. Auch wäre er in mißlichster Weise dem ausgesetzt, daß das Vorliegen der seine Verfügung rechtfertigenden Voraussetzungen später von dem Nacherben bestritten würde. Die dem Nacherben auferlegte Verpflichtung beeinträchtigt das Interesse des Nacherben nicht wesentlich. Die abzugebende Erklärung wird als Anerkennung eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses anzusehen sein. Ueber die Form der Einwilligung vergl. § 1831.

§ 1829.

5. Zwangsvollstreckung ꝛc. gegen den Vorerben.

Im sachlichen Anschlusse an den § 135 wird für die Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung in einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand, welche gegen den Vorerben erwirkt ist, der § 1828 Abs. 1 für anwendbar erklärt (Satz 1); vergl. Motive zum Allg. Th. S. 262. Die Realisirung eines solchen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstandes im Wege der Zwangsvollstreckung und im Konkurse über das Vermögen des Vorerben auszuschließen, ist deshalb geboten, weil bei einer Veräußerung mit Vorbehalt der Rechte des Nacherben, wie sie allein möglich sein würde, ein angemessenes Ergebniß nicht zu erwarten ist. Hierauf beruht die Vorschrift des zweiten Satzes. Die Vorschrift in der Art zu verallgemeinern, daß sie für alle Fälle des § 135 gilt, ist nicht ausführbar, da sich dann die Gefahr ergeben würde, daß von dem Schuldner Gegenstände des Vermögens beliebig der Zwangsvollstreckung entzogen werden könnten, indem er in Ansehung derselben bedingte oder betagte Rechtsgeschäfte unter Lebenden vornimmt. Eine solche Gefahr ist nicht in gleichem Maße bei der Beschränkung auf den Einzelfall der Nacherbschaft zu besorgen, ebensowenig wie im Falle des § 871 Abs. 2. Soweit andere Gegenstände als Grundstücke in Betracht kommen, werden sich die zulässigen Zwangsvollstreckungsmaßregeln nach dem § 754 C. P. O. bestimmen.

Der zweite Absatz bestimmt Ausnahmen für die Fälle, daß der Anspruch eines Nachlaßgläubigers (vergl. § 2092) oder ein Recht, welches im Falle der Nacherbfolge nicht unwirksam ist, geltend gemacht wird. Wird Konkurs über das Vermögen des Vorerben eröffnet, so steht den Nachlaßgläubigern das Recht des § 2150 zu.

§ 1830.

6. Wirkung des Urtheiles gegen den Vorerben gegenüber dem Nacherben.

Im Anschlusse an den § 192 wird bestimmt, daß das in dem Rechtsstreite zwischen einem Dritten und dem Vorerben über einen gegen den letzteren als Erben erhobenen Anspruch oder über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand erlassene, vor Eintritt der Nacherbfolge rechtskräftig gewordene Urtheil für und gegen den Nacherben wirkt (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 377, Motive zum Sachenrechte S. 509, 510). Daß nur die Wirksamkeit in Ansehung der Sache selbst gemeint ist, versteht sich hier,

wie in den §§ 1256, 1269, 1271, 1632, von selbst; ebenso, daß die Ausdehnung der Wirkung der rechtskräftigen Urtheile sich auf diejenigen Urtheile beschränkt, welche den Bestand der Erbschaft an Aktiven und an Passiven betreffen. Urtheile, welche sich auf die Frage des Erbrechtes des Vorerben beziehen, können den Nacherben selbst dann nicht binden, wenn dieses Recht aus einem Grunde bestritten worden ist, welcher auch für das Recht des Nacherben von Einfluß ist. Deshalb darf nicht von Urtheilen über die Nachlaßmasse, sondern nur von solchen über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand die Rede sein. Urtheile über persönliche Verpflichtungen, welche dem Vorerben nicht gerade als Erben obliegen, binden den Nacherben gleichfalls nicht, also insbesondere nicht das Urtheil über die Verpflichtung zum Kostenersatze. Ueber die Kostenersatzpflicht des Nacherben gegenüber dem Vorerben in Ansehung der von ihm geführten Prozesse müssen die §§ 1815 ff. und das hiernach zu beurtheilende Schuldverhältniß des Vorerben entscheiden.

Der Entwurf spricht bei bedingten und betagten Rechtsverhältnissen in der Zwischenzeit vor der Entscheidung über die Erfüllung der Bedingung oder vor dem Eintritte des Termines das Recht, dessen Uebergang von der einen auf die andere Person in Frage steht, dem bedingt Verpflichteten oder dem zur Zeit Berechtigten zu. Die Folgen hiervon müssen Geltung haben, soweit nicht eine Einschränkung bestimmt wird. Fehlt es an solchen Einschränkungen in Ansehung der Prozeßführung, so folgt daraus noch nicht, daß die für und gegen einen in der Zwischenzeit Berechtigten ergehenden Urtheile gleiche materielle Rechtskraft haben müssen, als wären sie gegen einen unbeschränkt Berechtigten ergangen. Denn an die Stelle eines unbeschränkt Berechtigten kann eine andere Person nur im Wege der Rechtsnachfolge treten, für und gegen welche alsdann das rechtskräftige Urtheil nach dem § 192 Abs. 1 wirkt. Tritt aber an die Stelle eines beschränkt Berechtigten in Folge der Erfüllung der Bedingung oder des Eintrittes des Termines eine andere Person, so ist damit nicht nothwendig ein Fall der Rechtsnachfolge gegeben. Auch aus einem anderen Grunde als mit Rücksicht auf die Rechtsnachfolge läßt sich die Erstreckung der Wirkung des rechtskräftigen Urtheiles über die Parteien hinaus nicht begründen. Insbesondere steht nicht etwa die Verleihung der gesetzlichen Vertretungsmacht an den in der Zwischenzeit Berechtigten, hier den Vorerben, in Frage. Der Entwurf faßt Rechtsnachfolge nicht ausschließlich im zeitlichen Sinne auf, sondern erfordert einen ursächlichen Zusammenhang (vergl. Motive zum Sachenrechte S. 353).

Rechtsnachfolge.

Es kann daher bei dem Rückfalle, wenn die auflösende Bedingung erfüllt oder der Endtermin eingetreten ist, von Rechtsnachfolge nicht gesprochen werden, da der frühere Zustand wiederhergestellt wird. Auch bei dem Anfalle läßt sich, wenn die aufschiebende Bedingung erfüllt oder der Anfangstermin eingetreten ist, eine Rechtsnachfolge nicht annehmen, weil der Grund des späteren Erwerbes durch das bedingte Rechtsgeschäft bereits in unverrückbarer Weise gelegt ist. In Ansehung des Rechtsverhältnisses des Nacherben zum Vorerben kommt noch besonders in Betracht, daß der Nacherbe sein Recht nicht aus einer Verfügung des Vorerben, sondern aus der Verfügung des Erblassers herleitet. Es kann daher der Nacherbe aus dem Gesichtspunkte des auf-

schiebend bedingten oder betagten Erwerbes nicht als Rechtsnachfolger des Vorerben angesehen werden.

Aus den allgemeinen Grundsätzen läßt es sich hiernach schwerlich begründen, daß der Vorerbe einen Rechtsstreit mit Wirksamkeit für den Nacherben führen kann.

Zu einer positiven Vorschrift, welche den Grundsatz der relativen Wirkung der Rechtskraft (§ 192) für alle bedingten und betagten Rechtsgeschäfte durchbricht, liegt kein Bedürfniß vor, da derartige Fälle selten sind und mit der Ausnahmevorschrift eine nicht zu unterschätzende Gefahr für den später eintretenden Berechtigten verbunden ist. Dagegen rechtfertigt sich eine solche Ausnahmevorschrift für den Fall der Nacherbschaft. Ein Interesse des Vorerben an der Ausdehnung der Rechtskraft besteht nicht; wohl aber ein Interesse des Nacherben. Dem letzteren muß an der Feststellung der mit der Erbschaft verbundenen Rechtsverhältnisse, mindestens bei den dem Vorerben günstigen Urtheilen, gelegen sein. Ganz besonders aber kommt das Interesse dritter Personen in Betracht, welche zu ihrer Sicherung erst mit dem Vorerben und später mit dem Nacherben den Rechtsstreit führen müßten, und dabei besonderen Schwierigkeiten begegnen würden, wenn eine noch nicht empfangene Person oder Jemand, dessen Persönlichkeit erst durch ein nach dem Erbfalle eintretendes Ereigniß bestimmt wird, zum Nacherben eingesetzt ist. Dieses Interesse verdient vorzüglich Berücksichtigung, da der Entwurf den Vorerben und den Nacherben als nach einander berufene Erben behandelt. Das geltende Recht läßt überwiegend zu, daß das Urtheil in dem mit dem Vorerben geführten Rechtsstreite gegenüber dem Nacherben wirksam ist, jedoch mag das preuß. A. L. R. zweifelhaft sein[1]). Auch dem Willen des Erblassers, welcher davon ausgeht, daß der Vorerbe wirklich Erbe sein soll, wird die Vorschrift entsprechen. Zu beachten bleibt aber, daß die Vorschrift nicht dispositiven Karakters ist und sich nicht auf die anzunehmende Gestattung seitens des Erblassers stützt, so daß der Erblasser die Anwendbarkeit der Vorschrift nicht ausschließen kann.

Vollstreckbarkeit.

Die Vorschrift betrifft ausschließlich die Wirksamkeit, nicht die Vollstreckbarkeit. Die letztere folgt auch nicht aus den §§ 665—667 der C. P. O. Eine solche Ausdehnung würde über das Bedürfniß hinausgehen und bedenklich sein (vergl. §§ 1310, 1315, 1357, 1360, 1374).

Streitverkündung.

Dem Vorerben die Pflicht aufzuerlegen, dem Nacherben den Streit zu verkünden, erscheint nicht gerechtfertigt, soweit nicht die entsprechende Anwendbarkeit des § 996 dahin führt, daß der Vorerbe von der Erhebung von Ansprüchen, durch welche Dritte ein Recht an einzelnen Aktiven der Erbschaft geltend machen, sowie von der Erhebung von Ansprüchen angeblicher Nachlaßgläubiger den Nacherben zu benachrichtigen hat. Noch weniger würde es gerechtfertigt sein, die im Falle der Unterlassung der Streitverkündung für den Vorerben eintretenden Nachtheile zu verschärfen, insbesondere die Beweislage desselben zu erschweren. Von selbst versteht sich, daß der Nacherbe von dem Vorerben nach allgemeinen Grundsätzen wird Schadensersatz fordern können, wenn der Vorerbe sich ihm gegenüber einer Pflichtversäumniß schuldig

[1]) Vergl. Dernburg § 158 Anm. 11; Eccius § 275 Anm. 19.

gemacht hat. Ob eine solche Pflichtversäumniß vorliegt, wenn der Vorerbe es unterläßt, den Nacherben zu befragen oder zu benachrichtigen, wird je nach den Umständen des Falles zu bemessen sein.

Unterbrechung eines Rechtsstreites.

Wie es zu halten in den Fällen der Unterbrechung eines Rechtsstreites durch den Umstand, daß der Fall der Nacherbfolge während der Dauer des Rechtsstreites eintritt (§§ 217—229 C. P. O.), ist der Revision der C. P. O. zu überlassen. Vorschriften hierüber gehören nicht dem bürgerlichen Rechte an.

§ 1831.

7. Form der Einwilligung 2c. des Nacherben.

Eine Formvorschrift für die von dem Nacherben dem Vorerben zu ertheilende Einwilligung oder Genehmigung ist erforderlich im Interesse der Dritten, welche gegenüber dem Nacherben oder auch anderen Personen in die Lage kommen können, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes oder der Rechtshandlung des Vorerben zu vertheidigen. Das Erforderniß öffentlich beglaubigter Form stellt diese Betheiligten sicher und bewirkt, daß sie den erforderlichen Beweis nicht verfehlen, da sie sich in den Besitz des sie sichernden Beweismittels setzen können. Ohne die Vorschrift würde ihnen ein solches Beweismittel selbst dann fehlen, wenn die einfache Mittheilung der Einwilligung seitens des Nacherben für ausreichend erachtet wäre. Welche Folgen der Mangel der Legitimation des Vorerben hat, wenn dieser dritte Personen mahnt, ihnen anbietet, sie verklagt u. s. w., ergiebt sich von selbst.

§§ 1832—1838.

IV. Rechtsstellung des Vor- und Nacherben.

Die §§ 1832—1838 enthalten Vorschriften für die Vor- und Nacherbschaft, welche dem sechsten Abschnitte des fünften Buches entsprechen. Diese, sowie die theilweise schon denselben Gegenstand berührenden Vorschriften der §§ 1813 ff. in den sechsten Abschnitt zu übernehmen, ist deshalb nicht für rathsam erachtet, weil alsdann die Lehre von der Nacherbschaft zerrissen werden würde.

§ 1832.

1. Ausschlagung.

Hat der Erblasser das Recht des Vorerben durch Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermines beschränkt, ohne einen Nacherben einzusetzen, so treten nach dem § 1807 die gesetzlichen Erben als Nacherben ein. Das Recht des Vorerben endigt daher stets mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge, und dies auch dann, wenn, in Ermangelung aller Verwandten, der Fiskus Erbe wird (vergl. S. 87). Hat dagegen der Erblasser das Recht des Vorerben unter Einsetzung eines Nacherben beschränkt, so können Zweifel entstehen, ob, falls der letztere wegfällt, das Recht des Vorerben ebenfalls zu Gunsten der gesetzlichen Erben des Erblassers hat beschränkt werden sollen, oder ob der Wille des Erblassers dahin auszulegen ist, daß die Beschränkung nur zu Gunsten des eingesetzten Nacherben eintreten solle. Der § 1832 stellt eine Dispositivregel auf (Abs. 1), daß der Wille des Erblassers in dem letzteren

Sinne auszulegen ist, in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte[1]), dem bayr. L. R. III, 9 § 6 Nr. 15 und dem preuß. A. L. R. nach der Ansicht der meisten Rechtslehrer[2]).

Der Entwurf spricht die Dispositivregel nur für den Fall der Ausschlagung seitens des Nacherben aus. Nur für diesen Fall ist eine Vorschrift am Platze. Daß die Einsetzung als Vorerbe zur unbeschränkten Erbeinsetzung wird, wenn die Einsetzung als Nacherbe in Folge des Fehlschlagens der Bedingung unwirksam wird, ergiebt sich schon daraus, daß es alsdann nicht zum Erlöschen des Rechtes des Vorerben kommt. Für den Fall, daß der Nacherbe unwürdig ist, entscheiden die Vorschriften der §§ 2046, 2047. Auch des Falles, daß ein Ersatzerbe oder Miterbe an die Stelle des zunächst eingesetzten Nacherben tritt, ist nicht besonders zu gedenken; in einem solchen Falle kann selbstverständlich die Ausschlagung des zunächst Eingesetzten allein nicht genügen. Die Fassung „dergestalt, daß der Fall der Nacherbfolge als nicht eingetreten gilt", stellt klar, daß im Falle der Ausschlagung des Nacherben das Recht des Vorerben keine Unterbrechung erlitten hat. Da es sich lediglich um eine Dispositivvorschrift handelt, ist nicht hervorzuheben, daß der Ermittelung eines abweichenden Willens des Erblassers keine Schranke gesetzt ist. Ebensowenig bedarf es der Erwähnung, daß, falls ein abweichender Wille des Erblassers anzunehmen ist, der § 1807 maßgebend wird.

Zeit der Ausschlagung.

Nach dem § 2034 kann die Erbschaft, sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, nicht vor Beginn der Ausschlagungsfrist ausgeschlagen werden; diese Frist beginnt nach dem § 2030 Abs. 2 erst, wenn die Erbschaft angefallen ist.

Diese Vorschriften würden im Hinblicke auf den § 1981 gegenüber einem Pflichttheilsberechtigten zu großen Härten führen. Denn die Anschauung, daß dem Pflichttheilsberechtigten, welcher nur als Nacherbe eingesetzt ist, zur Zeit noch nichts hinterlassen ist, hat nur einige scheinbare theoretische Gründe für sich, ist aber innerlich nicht haltbar; das die Kehrseite der sachlichen Gebundenheit des Vorerben bildende bedingte Recht des Nacherben besteht schon von dem Erbfalle an. Würde nun dem als Nacherben eingesetzten Pflichttheilsberechtigten erst nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge gestattet (erst dann fällt ihm nach dem § 1804 die Nacherbschaft an), die Erbschaft auszuschlagen, so könnte er nach dem § 1981 den Pflichttheilsanspruch nicht geltend machen. Hiernach ist es erforderlich, ihm diese Befugniß, in Abweichung von dem § 2033, beizulegen, sobald die Erbschaft dem Vorerben angefallen ist (Abs. 2).

Es genügt aber nicht, für den Pflichttheilsberechtigten in solcher Weise zu sorgen. Auch außerdem ergiebt sich für das Verhältniß des Vorerben und des Nacherben das Bedürfniß einer Ausnahme von der Regel des § 2033.

---

[1]) Vergl. Roth § 315 Anm. 120.

[2]) Eccius § 251 Anm. 51; Dernburg § 159 Anm. 4; anderer Meinung Gruchot II S. 100. Für das österr. G. B. scheint auch Unger § 48 Anm. 9 a. E. anderer Ansicht zu sein.

Nicht selten werden nach den Umständen des einzelnen Falles nach stattgehabter Prüfung der Verhältnisse der Erbschaft der Vorerbe und der Nacherbe in dem berechtigten Wunsche übereinstimmen, daß der Nacherbe die Nacherbschaft ausschlage und der Vorerbe hierdurch unbeschränkter Erbe werde. Diese Willensmeinung würden sie, wenn nicht eine Ausnahme von dem § 2033 bestimmt wird, nicht verwirklichen können, weil nach dem § 1804 in Verbindung mit dem § 2033 der Nacherbe nicht vor dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge ausschlagen kann. Mit einer Verweisung auf den Abschluß obligatorischer Verträge würde in zahlreichen Fällen dem Zwecke der Betheiligten nicht genügt werden. Die Vorschrift des Abs. 2 trifft auch diesen Fall.

Vertrag über das nacherbschaftliche Recht vor Eintritt der Nacherbfolge.

Geprüft ist, ob es nicht angezeigt sei, durch eine besondere Vorschrift den über das nacherbschaftliche Recht, also auch über das betagte Recht, vor Eintritt der Nacherbfolge abgeschlossenen Vertrag für nichtig zu erklären[1]). Durch eine solche Vorschrift würde in erster Linie die obligatorische Vertragsfreiheit des als Nacherbe Eingesetzten beschränkt werden. Dem Nacherben würde nicht freistehen, sich gegenüber einer anderen Person dahin zu verpflichten, daß er ihr gegenüber, wenn der Fall der Nacherbfolge eintrete, die Verbindlichkeiten eines Verkäufers der Erbschaft haben wolle. Dafür spricht außer Anderem, daß erhoffte Nacherbschaften wenig geeignet sind, Verkehrsobjekte zu sein. Eine erfrühte, wenn auch lediglich obligatorische Veräußerung würde unwirthschaftlich und deshalb vielleicht im öffentlichen Interesse thunlichst zu verhüten sein. In zweiter Linie würde durch eine solche Vorschrift klargestellt werden, daß, wie schon der obligatorische, so noch vielmehr der auf eine dingliche Veräußerung oder Belastung des Rechtes des Nacherben gerichtete Vertrag ohne Wirkung ist. Dies würde sich von selbst ergeben, weil der Nacherbe nicht durch Vertrag einen Dritten zum Nacherben machen und den Anfall der Erbschaft an den Dritten herbeiführen könnte; denn den Erben beruft nur das Gesetz oder der letzte Wille.

Allein es verdient den Vorzug, von einer solchen Vorschrift abzusehen. Sie würde nicht in Uebereinstimmung stehen mit den gesetzgeberischen Erwägungen, welche dem § 349 zu Grunde liegen (Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 184 ff.), wenn auch nicht alle für den § 349 sprechenden Gründe hier zutreffen, weil dieser voraussetzt, daß der Erbfall noch nicht eingetreten sei. Zudem würde die Folgerichtigkeit nöthigen, außer den obligatorischen Verträgen über die Erbschaft einer noch lebenden Person, auch denjenigen Vertrag zu verbieten, durch welchen Jemand eine Erbschaft veräußert, deren Anfall er für den Fall der Erledigung des bereits erfolgten Anfalles der Erbschaft an eine andere Person (z. B. durch Ausschlagung seitens derselben) erhofft. Denn in dem letzteren Falle läßt sich nicht wohl ein Unterschied machen zwischen der Nacherbschaft und dem Anfalle, welcher im Falle des Wegfallens des zunächst Berufenen an einen ferner Berufenen erfolgt. Der Umstand, daß der Nacherbe mit dem Eintritte des Erbfalles bereits ein festes, wenn auch bedingtes oder betagtes Recht erworben hat, kann eine Unterscheidung nicht rechtfertigen. Immer würde die zu entscheidende Frage die sein, ob die vorzeitige Realisirung von Erbaussichten zu verbieten sei, um

---

[1]) Vergl. hiergegen Dernburg § 158 bei Anm. 17.

den künftigen Berechtigten gegen die Folgen eines derartigen aleatorischen Geschäftes zu schützen. Es bleibt mithin nur übrig, das Verbot auch auf die bezeichneten anderen Fälle auszudehnen oder es lediglich bei dem § 349 zu belassen und von einem Verbote in Ansehung der Veräußerung der Nacherbschaft abzusehen. Für das letztere spricht überdies, daß eine bevormundende Beschränkung der obligatorischen Vertragsfreiheit bedenklich ist.

§ 1833.

2. Aufhebung der Wirkungen der Vereinigung.

Daß die Wirkungen der Vereinigung von Forderung und Schuld mit Eintritt der Nacherbfolge beseitigt werden, spricht der § 1833 aus. Die Vorschrift, welche sich in der Fassung an den § 499 anschließt, entspricht dem geltenden Rechte[1]). Die ausgesprochene Wiederherstellung des Rechtes tritt in der Regel kraft des Gesetzes mit dinglicher Wirkung ein, während der § 499 die erloschenen oder aufgehobenen Rechte nur im Verhältnisse zwischen dem Verkäufer und dem Käufer der Erbschaft als wiederhergestellt gelten läßt. Unter Umständen kann im Falle der Nacherbschaft die besondere Wiederherstellung des aufgehobenen Rechtes nothwendig werden; der Schlußsatz des § 1833, nach welchem erforderlichenfalls ein solches Recht wiederherzustellen ist, ist deshalb nicht zu entbehren.

§ 1834.

3. Vermächtnisse als Lasten der Erbschaft.

Hat der Erblasser, welcher eine Nacherbschaft anordnete, Vermächtnisse auferlegt, so fragt sich, wer als der Beschwerte anzusehen ist. Folgende Fälle sind denkbar:

Der Erblasser kann lediglich das dem Vorerben aus der Erbschaft Verbleibende — in der Regel sind das ausschließlich die dem Vorerben verbleibenden Nutzungen — mit einem Vermächtnisse belasten wollen. In diesem Falle wird der Vorerbe allein verpflichtet, der Nacherbe durch das Vermächtniß nicht berührt.

Der Erblasser kann ausschließlich die Zuwendung an den Nacherben belasten und demnach nicht den Vorerben als solchen, sondern nur erst den Nacherben zum Verpflichteten machen wollen.

Der Erblasser kann endlich die Erbschaft mit einem Vermächtnisse belasten, so, daß die Erbschaft durch die Erfüllung des Vermächtnisses gemindert wird, und zwar sowohl für den Vorerben als für den Nacherben.

Ein Vermächtniß der letzteren Art ist in der Regel anzunehmen, falls nicht ein Anderes bestimmt ist. Wird der Vorerbe als beschwert bezeichnet, so ist darin allein noch nicht die Erklärung eines abweichenden Willens zu finden. Die Ausdrucksweise erklärt sich alsdann daraus, daß zunächst der Vorerbe

---

[1]) Windscheid § 665 Anm. 2—4a; preuß. A. L. R. I, 16 § 481, Eccius § 275 Anm. 37; sächs. G. B. § 2520; Unger § 48 Anm. 12; Mommsen § 458; hess. Entw. Art. 170.

Erbe wird, als Erbe die Vermächtnisse zu erfüllen hat und in seiner Eigenschaft als Erbe als belastet anzusehen ist.

Der erste Absatz bestimmt demgemäß für den Regelfall, in Uebereinstimmung mit dem zumeist geltenden Rechte[1]), daß die Vermächtnisse als Lasten der Erbschaft anzusehen sind.

Weitere Vorschriften für die sonst möglichen Fälle sind entbehrlich. Insbesondere besteht kein Anlaß zu Vorschriften über die den Vorerben oder den Nacherben allein belastenden Vermächtnisse. Es könnte bestimmt werden (Mommsen § 450), daß die Entrichtung derjenigen Vermächtnisse, welche vor dem Eintritte des Nacherben zu entrichten sind, immer auf Rechnung des Nacherben von dem Vorerben zu erfolgen habe, und daß dasselbe gelten solle, wenn der Vorerbe zwar ausdrücklich mit dem Vermächtnisse belastet ist, aber die ganze Erbschaft herauszugeben hat. Allein damit würde der Beurtheilung dessen, was der Erblasser gewollt hat, vorgegriffen und der Vorerbe niemals allein belastet werden können.

Ist der Vorerbe Vollerbe, der Nacherbe nur Theilerbe, so ist eine besondere Vorschrift entbehrlich, nachdem auch im § 1804 (S. 83) dieser Fall nicht besonders berücksichtigt ist. Die allgemeinen Grundsätze über die Wirkungen der Nacherbeinsetzung führen zu einem befriedigenden Ergebnisse. Zudem handelt es sich um seltene Fälle.

Ist der Vorerbe als belastet bezeichnet und erhellt, daß er nicht allein belastet sein sollte, so ändert sich in der Beurtheilung nichts. Die Fassung deckt auch diesen Fall, zumal eine Dispositivvorschrift, nicht eine Auslegungsregel gegeben ist. Eine Dispositivvorschrift ist geboten, um Streitigkeiten zu verhüten.

Zuwendung von Zinsen rc.

Hat der Erblasser unzweifelhaft die Erbschaft belasten wollen, ist aber aus dem Gegenstande des Vermächtnisses (Zinsen, wiederkehrende Leistungen, welche ein ordentlicher Hausvater aus den Einkünften zu bestreiten pflegt) auf den Willen des Erblassers zu schließen, daß die Leistungen aus den Nutzungen der Erbschaft erfolgen und dementsprechend die Last zwischen dem Vorerben und dem Nacherben vertheilt werden soll, so sollen die Vorschriften des § 1041 entsprechend angewendet werden. Ohne die Vorschrift würden schwerlich in Beziehung auf ein solches Vermächtniß (trotz des § 1815) die Vorschriften des § 1041 für entsprechend anwendbar erachtet werden.

Auflagen.

Ueber die Frage, wem die etwa angeordneten Auflagen zur Last fallen, ist eine Entscheidung entbehrlich; auch im geltenden Rechte walten Zweifel nur in Ansehung des Vermächtnisses ob.

§§ 1835—1838.

4. Nachlaßverbindlichkeiten.

In Ansehung der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten im Sinne des § 2092 sind verschiedene Systeme möglich.

[1]) Windscheid § 667 Anm. 5 ff.; bayr. L. R. III, 9 § 6; Roth § 315 Anm. 109; Dernburg § 159 bei Anm. 8; Unger § 48 Anm. 16; Mommsen § 450; hess. Entw. Art. 172.

Verschiedene Systeme.

Wird davon ausgegangen, daß, wie es nur einen Erbfall giebt, so auch nur einmal ein Inventarrecht gewährt werden könne, so ergiebt sich mit Nothwendigkeit, daß die Handlungen und Unterlassungen des Vorerben, welche auf das Inventarrecht, dessen Erhaltung und Verwirkung sich beziehen, für den Nacherben maßgebend sind, und daß der Nacherbe, wenn der Fall der Nacherbfolge eintritt, die Haftung so überkommt, wie sie bei dem Vorerben sich gestaltet hat.

Wird der Eintritt des Falles der Nacherbfolge für den Nacherben in dieser Beziehung dem Eintritte des Erbfalles gleichgestellt, so ergeben sich für den Nacherben weniger harte Folgen. Die Versäumnisse des Vorerben, sein Verzicht auf das Inventarrecht u. s. w. berühren den Nacherben nicht; der letztere kann selbständig für seine Sicherung in Ansehung der Haftung sorgen.

Möglich ist aber auch ein gemischtes System in der Art, daß die Folgen des strengeren ersten Systemes zu Gunsten des Nacherben in einzelnen Punkten durchbrochen werden, daß also z. B. bestimmt wird, der Nacherbe hafte nur in Höhe des Empfangenen; ihm komme das Inventarrecht des Vorerben gegen die Nachlaßgläubiger zu statten; der Vorerbe, welcher das Inventarrecht verloren hat, hafte nur subsidiär u. s. w.

Geltendes Recht.

Das sächs. G. B. läßt den Anwärter nach der Herausgabe allein haften, der Vorerbe haftet nur mit den gezogenen Früchten, soweit die herausgegebene Erbschaft zur Befriedigung nicht hinreicht (vergl. § 2521). Mommsen, welcher nur ein Universalvermächtniß annimmt, giebt dem Nacherben ein selbständiges Inventarrecht, läßt aber den Vorerben mit den gezogenen Früchten subsidiär haften (vergl. §§ 457, 459). Der hess. Entw. (Art. 172 Abs. 4, Art. 165 Abs. 2) giebt dem Vorerben wie dem Nacherben die Inventarwohlthat und sichert den Nacherben dadurch, daß im Falle der Nacherbschaft stets von Amtswegen ein Vermögensverzeichniß aufzunehmen ist.

Für das preuß. A. L. R. wird fast durchgehends von den Rechtslehrern dem Nacherben selbständig das Inventarrecht zugebilligt[1]).

Entwurf.

Der Entwurf hat sich für das zweite der vorgedachten Systeme entschieden, welches dem Nacherben günstiger ist. Die Entscheidung ist aus praktischen Rücksichten getroffen. Weder das Wesen der Nacherbschaft noch das Wesen des Inventarrechtes rechtfertigt mit Nothwendigkeit die Entscheidung in dem Sinne, daß das eine oder das andere System gewählt werden müßte. Ausschlaggebend gegen das strengere System ist aber der Umstand, daß, wenn dasselbe gewählt wird, den Handlungen oder Unterlassungen des Vorerben ein tiefgreifender Einfluß auf das Recht des Nacherben eingeräumt werden muß, ein Einfluß, welcher unter Umständen geeignet sein kann, das Recht des Nacherben werthlos zu machen, sodaß dieser Bedenken tragen müßte, die Vollhaftung für die Verbindlichkeiten der Erbschaft zu übernehmen, und, wenn er nicht ausschlägt, sich stets einer gewissen Gefahr aussetzen würde.

Gegenüber diesen Bedenken kann der dem strengeren Systeme beiwohnende Vorzug der größeren Einfachheit nicht maßgebend sein. Noch weniger wäre ein gemischtes System annehmbar; dasselbe würde die Schattenseiten beider Systeme in sich vereinigen.

---

[1]) Vergl. Dernburg § 159 bei Anm. 5; Eccius § 275 Anm. 49, 50.

§ 1835.

Haftung des Nacherben. Grundsatz;

Der § 1835 bringt das System zum Ausdrucke. In Ermangelung einer Vorschrift würde es sich nicht von selbst verstehen, daß mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge in Ansehung des Rechtsverhältnisses des Nacherben zu den Nachlaßgläubigern dieselben Wirkungen eintreten wie mit dem Eintritte des Erbfalles für den Vorerben. Durch die Verweisung auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften, welche die Rechte der Nachlaßgläubiger gegen den Erben regeln, gelangt zum Ausdrucke, daß auch hier die Beschränkungen der Haftung des Vorerben zur Geltung gelangen. Die anzuwendenden Vorschriften werden durch Hinweisung auf ihren Inhalt bezeichnet; dies verdient den Vorzug vor der Bezeichnung der einzelnen Vorschriften.

§ 1836.

Inventarrecht des Nacherben;

Soll dem Nacherben, wie nach dem zu Grunde gelegten Systeme erforderlich ist, ein selbständiges Inventarrecht zustehen, so muß auch in Ansehung der Gegenstände, mit welchen er haftet, an die Stelle des Zeitpunktes des Erbfalles der Zeitpunkt des Eintrittes der Nacherbfolge treten. Das von dem Nacherben erlangte Vermögen muß den Umfang seiner Haftung bestimmen. Besonders zu erwähnen sind die dem Nacherben gegen den Vorerben zustehenden Ansprüche. Diese sind als zu der Nachlaßmasse gehörend zu behandeln; dies rechtfertigt sich aus dem dem § 1825 zu Grunde liegenden Prinzipe. Ohne eine solche Vorschrift würde das selbständige Inventarrecht des Nacherben zu Unbilligkeiten gegen die Nachlaßgläubiger führen. Daß der Nacherbe mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge für die Nachlaßverbindlichkeiten haftbar wird, ergiebt sich insofern bereits aus dem § 1804, als der Vorerbe nunmehr aufhört, Erbe zu sein, vergl. aber auch § 1835.

von dem Vorerben errichtetes Inventar.

Das von dem Vorerben errichtete Inventar soll dem Nacherben auch dann zu statten kommen, wenn dieser selbst ein Inventar nicht errichtet hat (Abs. 2). Diese Vorschrift, welche mit der für das preuß. A. L. R. vertretenen Auffassung[1]) übereinstimmt, ist zwar positiver Natur, aber deshalb angemessen, weil sie zur Vereinfachung dient, ohne daß den Nachlaßgläubigern Abbruch geschieht. Denn, wenn auch die Haftung des Nacherben nach dem Abs. 1 nicht die gleiche ist wie die des Vorerben, so wird doch den Nachlaßgläubigern nicht zu nahe getreten, wenn davon ausgegangen wird, daß bis zum Beweise des Gegentheiles die Haftung des Nacherben nicht weiter reicht, als sie sich aus dem von dem Vorerben errichteten Inventare ergiebt.

§ 1837.

Haftung des Vorerben nach Eintritt der Nacherbfolge.

Daß in der Regel die Haftung des Vorerben erlischt, sobald der Fall der Nacherbfolge eingetreten ist, erscheint selbstverständlich und ergiebt sich aus dem § 1804, mittelbar auch aus dem § 1836. Der erste Absatz des § 1837

[1]) Vergl. Dernburg § 159 bei Anm. 5; Eccius § 275 Anm. 49.

spricht die Ausnahme von dieser Regel dahin aus, daß die Ansprüche der Nachlaßgläubiger selbst dann noch insoweit bestehen bleiben, als der Nacherbe nicht haftbar wird. Die Ausnahme in Ansehung der Vermächtnisse, welche dem Vorerben allein zur Last fallen, folgt daraus, daß für diese der Nacherbe nicht haftbar wird; sie ist also durch die Vorschrift mitgetroffen.

Haben sowohl der Vorerbe als der Nacherbe das Inventarrecht verloren oder aufgegeben, so wird der Vorerbe von der unbeschränkten Haftung frei, weil der Nacherbe unbeschränkt haftbar geworden ist. Hat der Vorerbe Nutzungen gezogen, welche er nicht herauszugeben hat, so bleibt er haftbar mit solchen, soweit eine Haftung aus den §§ 2133 ff. sich ergiebt, weil der Nacherbe nicht haftbar ist.

Durch eine Vorschrift dahin, daß die Haftung des Vorerben in Ansehung solcher Verpflichtungen, welche der Vorerbe gegenüber dem Nacherben selbst zu tragen hat (§ 1815 in Verbindung mit den §§ 1003, 1828), würde in einigen Fällen eine Abkürzung erzielt. Allein das Ergebniß wäre eine Uebertragung der dem Nacherben zustehenden Ersatzansprüche an den Vorerben auf die Nachlaßgläubiger. Eine solche immer nicht unbedenkliche Legalzession zu bestimmen, fehlt es an genügendem Anlasse.

Subsidiäre Haftung des Vorerben.

Hat der Vorerbe allein das Inventarrecht verloren, und ist er also vollhaftender Erbe geworden, so kann es angemessen erscheinen, seine Haftung auch nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge als eine subsidiäre fortdauern zu lassen. Dies ließe sich jedoch nur rechtfertigen, wenn die im Falle des Verlustes des Inventarrechtes eintretende Vollhaftung unter den Gesichtspunkt einer Strafe gestellt würde, während nach dem Entwurfe die Vollhaftung des Erben regelmäßig eintritt und nur ausnahmsweise Einschränkungen erfährt. Zudem erscheint das in Folge des ersten Absatzes eintretende Ergebniß ohne diese Ausnahme ein befriedigendes. Soweit hiernach die Haftung des Vorerben wegfällt, also z. B. weil auch der Nacherbe ein vollhaftender Erbe geworden ist, erscheint es keineswegs unbillig gegenüber den Nachlaßgläubigern, daß die Haftung des Vorerben aufhört, da ein besonderes fortdauerndes Recht auf eine solche Haftung für sie nicht begründet ist.

Einer Klarstellung, daß der Vorerbe, dessen Haftung fortdauert, und welcher das Inventarrecht nicht verwirkt oder auf dasselbe verzichtet hat, durch den Umstand, daß er aufgehört hat, Erbe zu sein, nicht gehindert wird, die zu einer Beschränkung seiner Haftung dienenden Schritte zu thun, bedarf es nicht. Es wird nicht verkannt werden, daß die Vorschriften, welche eine Beschränkung der Erbenhaftung bezielen, anwendbar bleiben. Dies wird dadurch außer Zweifel gestellt, daß von der Regel der Anwendbarkeit der Vorschrift des ersten Absatzes nur die eine Ausnahme beigefügt ist, welche der zweite Absatz enthält.

Antragsrecht in Ansehung der Konkurseröffnung.

Die Entscheidung, daß der Vorerbe nach Eintritt des Falles der Nacherbfolge nicht mehr das Recht hat, die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß zu beantragen (Abs. 2), rechtfertigt sich dadurch, daß nach dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge dem Vorerben, welcher aufgehört hat, Erbe zu sein (§ 1804), die Verfügungsmacht über die aktiven Mittel des Nachlasses entzogen ist.

§ 1838.

Gläubiger-aufgebot.

Der § 1838 bezweckt die Erſparung eines wiederholten Aufgebotes der Nachlaßgläubiger, indem er den Antrag und die Ausſchließung ſtets wirken läßt, wie wenn der Antrag von Beiden geſtellt wäre. Mit Rückſicht auf die Gründe, auf welchen die §§ 2120 ff. beruhen, iſt die Wiederholung nicht erforderlich, während den Gläubigern durch die Wiederholung nur Nachtheile und Unbequemlichkeiten erwachſen würden.

§§ 1839—1841.

V. Nacherbſchaft auf den Ueberreſt.

Der Fall iſt nicht ſelten, daß der in dem letzten Willen enthaltenen Nacherbeinſetzung eine Beſchränkung dahin beigefügt iſt, der Nacherbe ſolle nur dasjenige erhalten, was im Zeitpunkte des Eintrittes der Nacherbfolge noch übrig ſein werde. Dieſer Fall bedarf einer beſonderen Regelung. Ergiebt ſich im Wege der Auslegung, daß der Wille des Erblaſſers auf eine Nacherbeinſetzung nicht gerichtet war, daß vielmehr ein Vermächtniß gewollt war und der Erblaſſer ſich nur im Ausdrucke vergriffen hat, ſo liegt der bezeichnete Fall nicht vor.

Das geltende Recht läßt auch eine ſolche Nacherbeinſetzung als Erbeinſetzung oder Univerſalvermächtniß gelten, jedoch giebt das gemeine Recht (Nov. 108 cap. 1, 2) dem Vorerben nur die Befugniß, über drei Viertel der Erbſchaft unter Lebenden zu verfügen, und das öſterr. G. B. ſchließt den argliſtigen Verbrauch aus[1]).

Wenn von derartigen Beſchränkungen abgeſehen wird, kann es angemeſſen erſcheinen, eine Verfügung dieſes Inhaltes ſtets ſo aufzufaſſen, daß ſie nur ein Vermächtniß enthält. Allein eine ſolche Umdeutung läßt ſich nur rechtfertigen, wenn eine dahin gehende Anordnung des Erblaſſers als eine in ſich widerſpruchsvolle anzuſehen wäre, oder wenn ſie zu unerwünſchten praktiſchen Ergebniſſen führte. Beides läßt ſich nicht behaupten.

Kann nach dem § 1824 der Erblaſſer die Rechte des Vorerben in wirkſamer Weiſe erweitern, ohne daß für eine ſolche Erweiterung eine Grenze geſetzt iſt — und eine ſolche Grenze läßt ſich nicht ſetzen, da es ſich um dispoſitives Recht handelt —, ſo kann eine ſolche Anordnung nicht wohl als eine in ſich widerſpruchsvolle angeſehen werden. Selbſtverſtändlich kann der § 1824 nicht ſo verſtanden werden, daß er zuließe, dem Vorerben nicht nur völlig freie Verfügung einzuräumen, ſondern es auch in ſeine Willkür zu ſtellen, ob er den Nachlaß überhaupt behalten will; denn dann wäre aus der Vorerbſchaft eine unbeſchränkte Erbſchaft geworden. So weit geht aber auch eine Anordnung des bezeichneten Inhaltes nicht.

Ebenſowenig führt eine Anordnung dieſes Inhaltes zu ſo unerwünſchten praktiſchen Ergebniſſen, insbeſondere in Anſehung der Lage der Nachlaßgläubiger,

---

1) Windſcheid § 665 Anm. 12, 13; Brinz § 430 a. E.; Roth § 315 Anm. 40; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 468—471, Dernburg § 160, Eccius § 275 Anm. 15; ſächſ. G. B. §§ 2522—2524; Mommſen §§ 460—462; heſſ. Entw. Art. 173—176; wegen des öſterr. G. B. Unger § 48 Anm. 14.

daß das Eingreifen des Gesetzes in einem gewissen öffentlichen Interesse geboten wäre. Die Lage der Gläubiger ist im Falle der Nacherbeinsetzung auf den Ueberrest keine andere, also auch keine schlechtere, als in allen übrigen Fällen der Nacherbschaft, da die Erweiterung des Rechtes des Vorerben sich nur gegen den Nacherben richtet. In Ansehung des Grundbuchverkehres ergeben sich ebenfalls nicht besondere Bedenken, welche bei der regelmäßigen Nacherbschaft nicht eintreten. Die Bedenken, welche daraus sich herleiten lassen, daß dem Erblasser die Macht eingeräumt wird, den kraft des Gesetzes eintretenden Erbenwechsel herbeizuführen, bestehen in beiden Fällen in gleichem Maße. Das Interesse des Erblassers, mit dinglicher Wirkung zu Gunsten eines Nacherben verfügen zu können und nicht auf Anordnungen mit der geringeren Wirkung des Vermächtnisses beschränkt zu sein, ist in beiden Fällen das gleiche.

§ 1839.

Nacherbschaft auf den Ueberrest.

Zulässigkeit.

Ueber die Zulässigkeit der Anordnung einer Nacherbschaft auf den Ueberrest ist eine besondere Vorschrift nicht erforderlich. Mit Rücksicht auf den § 1805 wird nicht verkannt werden, daß eine nach dem § 1839 zu beurtheilende Nacherbschaft vorliegt, wenn angeordnet ist, der eingesetzte Erbe habe einem Anderen von der Erbschaft dasjenige herauszugeben, was bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge von der Erbschaft noch übrig sein wird.

Wirkungen.

Die Wirkungen der Anordnung werden dahin ausgesprochen, daß die Vorschriften des § 1828 nur auf die in einer Schenkung bestehenden Verfügungen des Vorerben Anwendung finden, und auch in Ansehung gewisser Schenkungen ausgeschlossen sind (Satz 1), daß aber im Uebrigen der Vorerbe berechtigt ist, über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände thatsächlich sowie durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden unbeschränkt zu verfügen (Satz 2). Die Worte „unter Lebenden" sind, obschon sie nur zur Erläuterung dienen, aus praktischen Gründen hinzugefügt. Es soll verhindert werden, daß die unbeschränkte Verfügungsbefugniß des Vorerben in einem unrichtigen Sinne aufgefaßt werde. Hierin und sonst schließt sich die Vorschrift an den § 1352 an. Der Rechtsstreitigkeiten zu gedenken, wie im § 1352, ist wegen des § 1815 und des diesem zu Grunde liegenden Prinzipes entbehrlich.

Schenkungen.

Daß die Befugniß des Vorerben sich nicht so weit erstreckt, daß er auch Schenkungen vornehmen kann, wird im Anschlusse an das preuß. A. L. R. I, 12 § 469 ausgesprochen; abweichend bestimmt das sächs. G. B. § 2522, Mommsen § 460 und der hess. Entw. Art. 175. Der Wille des Erblassers ist dahin auszulegen, daß dem Vorerben nur die zur Befriedigung seines wirthschaftlichen Bedürfnisses dienenden Verfügungen, nicht aber reine Liberalitätsakte auf Kosten des Nacherben freigegeben sein sollen. Zudem ist zwischen Schenkungen von Todeswegen, welche auch die abweichenden Rechte dem Vorerben versagen, und Schenkungen unter Lebenden der Unterschied oft schwer zu finden, und kann, wenn letztere zugelassen werden, die Form derselben leicht benutzt werden, um das Verbot der Schenkungen von Todeswegen zu umgehen.

Schenkungsversprechen.

Des Schenkungsversprechens ist nicht besonders gedacht. Für die Erwähnung desselben läßt sich geltend machen, es könne bezweifelt werden, ob

die Voraussetzung vorliege, daß die Verfügung unter den Begriff der Schenkungen falle, wenn der Vorerbe zunächst ein Schenkungsversprechen gegeben und sodann zur Erfüllung dieses Versprechens geleistet habe. In Betracht kommen jedoch lediglich Verfügungen dinglicher Natur, nicht, wie im Falle des § 1353 Abs. 2, auch obligatorische Rechtsgeschäfte. Denn die obligatorische Verpflichtung des Vorerben berührt den Nacherben nicht. Dingliche Verfügungen fallen hingegen unter den Begriff der Schenkungen, mag eine obligatorische Verpflichtung vorausgegangen sein oder nicht. Ist eine solche Verpflichtung vorausgegangen, so bilden Versprechen und Erfüllung ein die Schenkung darstellendes Ganzes. Mit dem Versprechen allein ist noch nicht die als Schenkung sich kennzeichnende Zuwendung vollzogen und abgeschlossen (vergl. §§ 437, 441).

Die Ausnahme in Ansehung der Schenkungen, welche durch eine sittliche Pflicht oder die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gerechtfertigt werden, ist hier aus den gleichen Gründen angemessen wie in den §§ 1353 Abs. 3, 1661 Satz 2.

§ 1840.

Verpflichtungen gegenüber dem Nacherben.

Die Verpflichtungen, welche dem Vorerben gegenüber dem Nacherben nach Maßgabe der §§ 1815 ff. obliegen, sind im Allgemeinen im Falle der Nacherbfolge auf den Ueberrest nicht am Platze; sie sollen nur insoweit stattfinden, als sie besonders aufrechterhalten werden. Dies drücken die Worte aus „die Verpflichtungen . . . sind . . . darauf beschränkt".

Verzeichniß.

Erwähnt wird die Verpflichtung, dem Nacherben nach Maßgabe der §§ 993, 1042 ein Verzeichniß der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände mitzutheilen. Diese Verpflichtung ist nicht zu entbehren (vergl. sächs. G. B. § 2523 mit § 632; Mommsen §§ 461, 460 a. E.; hess. Entw. Art. 174); für das preuß. A. L. R. ist die Verpflichtung des Vorerben nicht unbestritten[1]).

Herausgabe.

Weiter gedenkt die Vorschrift der Verpflichtung, bei Eintritt des Falles der Nacherbfolge die Gegenstände mit Einschluß der Surrogate (§ 1825), soweit dieselben in Natur bei dem Vorerben noch vorhanden sind, dem Nacherben herauszugeben, und zwar in dem Zustande, in welchem sie sich zur Zeit des Eintrittes des Falles der Nacherbfolge befinden. Dies rechtfertigt sich aus den Gründen, auf welchen der § 1825 beruht. In Ansehung derjenigen Gegenstände, welche dem Werthe nach bei dem Vorerben noch vorhanden sind, ist der Werth zu ersetzen, unbeschadet des Rechtes auf Ersatz von Verwendungen. Das Letztere ist nur zur Verdeutlichung hinzugefügt.

Verbrauchbare Sachen.

Für verbrauchbare Sachen gilt hier dasselbe wie für nicht verbrauchbare. Der Vorerbe hat also auch diese, sofern sie zur Zeit des Eintrittes des Falles der Nacherbfolge noch vorhanden sind oder bei Anwendung der Surrogationsgrundsätze als vorhanden zu gelten haben, herauszugeben. Sind die verbrauchbaren Sachen nicht mehr vorhanden, so ist der an deren Stelle getretene

---

[1]) Vergl. Dernburg § 160 Anm. 16; Eccius § 275 Anm. 22.

Werth, welcher noch bei dem Vorerben vorhanden ist, zu ersetzen. Die Worte „bei dem Vorerben noch vorhanden sind" sollen dem Mißverständnisse vorbeugen, als genügte es, daß die Gegenstände überhaupt noch vorhanden sind (Mommsen § 462).

Ablehnung der Haftung für Bereicherung.

Die Haftung nach Maßgabe der Bereicherung ist nicht vorgeschrieben, weil diese Haftung des Vorerben eine zu strenge wäre; sie würde auch der Anordnung des Erblassers nicht entsprechen, da der letztere dem Vorerben den Verbrauch der Erbschaft noch vor dem Verbrauche des eigenen Vermögens freigegeben hat. Nach den Grundsätzen über Bereicherung (vergl. § 748) würde aber im Falle des Verbrauches wegen ersparter Ausgaben eine Bereicherung anzunehmen sein und dies könnte, wenigstens unter Umständen, zu einer Härte gegen den Vorerben führen. Diese Härte wird gemildert, indem der Entwurf das Prinzip des § 1825 zu Gunsten des Nacherben auf verbrauchbare Sachen erstreckt, jedoch den Vorerben nur dann und nur insoweit haften läßt, als ein an die Stelle der veräußerten verbrauchbaren Sachen getretenes Aequivalent in der Erbschaft noch vorhanden ist. Die praktische Schwierigkeit, Vermögenswerthe in ihren verschiedenen Wandelungen und Gestaltungen zu verfolgen, ist keine unüberwindliche. Weitere Folgerungen aus diesen Grundsätzen zu ziehen, ist nicht Aufgabe des Entwurfes, insbesondere mag dahingestellt bleiben, ob die Verwendung des verbrauchbaren Gutes zur Zahlung gewisser Schulden, z. B. einer Hypothek oder Grundschuld, welche das zum eigenen Vermögen des Vorerben gehörende Grundstück belastet, als ein im Vermögen des Vorerben beharrender Kapitalwerth der verbrauchbaren Sachen anzusehen ist.

Eintragung in das Grundbuch.

Nach dem § 1826 wird trotz der Verfügungsfreiheit dieses Vorerben, wenn für denselben ein erbschaftliches Recht in das Grundbuch eingetragen ist, zu vermerken sein, daß das Recht der nacherbschaftlichen Beschränkung unterliege, weil ein solcher Vermerk die mit dem Eintritte des Falles der Nacherbfolge verbundene Rechtsveränderung klarstellt. Hierauf weisen die Worte hin „unbeschadet der Anwendbarkeit § 1826". Jedoch wird bei der Eintragung zugleich die Verfügungsfreiheit des Vorerben Ausdruck finden müssen. Ob und inwieweit der Vorerbe bei der Verfügung nachzuweisen hat, daß er nicht schenkungsweise verfüge, wird sich nach den Vorschriften der Grundbuchordnung bestimmen.

Verpflichtungen aus Schenkungen.

Schließlich wird bestimmt, welche Verpflichtungen dem Vorerben erwachsen, wenn er, entgegen den Vorschriften des § 1839, Schenkungen vornimmt. Verschenkte Gegenstände sind in Ansehung der Verpflichtung zur Herausgabe als nicht verschenkt anzusehen, für verschenkte verbrauchbare Sachen ist deren Werth zur Zeit der Schenkung zu ersetzen.

Die Herausgabepflicht besteht demgemäß in Ansehung der nicht verbrauchbaren Gegenstände so, als wären dieselben nicht verschenkt. Dem Vorerben muß der Zufall zu Gute kommen, durch welchen der verschenkte Gegenstand später betroffen worden ist, da seine Haftung nicht wegen der Schenkung zu erweitern ist.

In Ansehung der verbrauchbaren Sachen, welche der Vorerbe verschenkt hat, kann nicht der Zeitpunkt des Erwerbes des Eigenthumes seitens des Vor-

erben entscheiden, weil sonst die Verbindlichkeit des Vorerben ohne genügenden Grund für den Fall verschärft würde, daß seine Haftung sich ihrem Inhalte nach vielleicht schon vor der Schenkung gemindert hat. Aber auch die Zeit des Eintrittes des Falles der Nacherbfolge kann nicht maßgebend sein, weil die Verbindlichkeit des Vorerben bereits durch die außerhalb seiner Verfügungsbefugniß liegende Schenkung fest entstanden ist. Der Inhalt der Verbindlichkeit läßt sich deshalb nur nach dem Zeitpunkte ihrer Entstehung („zur Zeit der Schenkung") bemessen.

§ 1841.

Anordnung „freier Verfügung".

Für den Fall, daß der Erblasser angeordnet hat, der Vorerbe solle berechtigt sein, über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände frei zu verfügen, ist die Aufnahme einer Auslegungsregel dahin, das Recht des Nacherben sei auf dasjenige beschränkt, was bei Eintritt der Nacherbfolge von der Erbschaft noch übrig sein wird, zweckmäßig, um nicht seltenen Zweifeln zu begegnen. Eine solche Vorschrift ist auch in einigen Rechten gegeben[1]).

Die entsprechende Umdeutung, wenn nur die Pflicht, ein Vermögensverzeichniß aufzunehmen, erlassen war (vergl. A. L. R. I, 12 § 471; Mommsen § 400), ist bereits S. 103 abgelehnt.

Pupillarsubstitution.

Pupillarsubstitution und Quasi-Pupillarsubstitution.

Der Entwurf enthält keine Vorschriften über die Pupillar- und Quasi-Pupillarsubstitution, wie solche in der Mehrzahl der geltenden Rechte sich finden[2]).

Aufgegeben ist das Institut außer von dem code civil von verschiedenen neueren Rechten[3]), auch von dem preuß. Entwurfe von 1835. In Ansehung desjenigen Vermögens, welches der Aszendent selbst auf den Todesfall zuwendet, bedarf der Erblasser gegenüber dem Institute der Nacherbschaft bezw. der Ersatzberufung der Pupillarsubstitution nicht, um die Zwecke zu erreichen, welche dasselbe bezielt.

In Ansehung des eigenen Vermögens des Pupillen oder Quasi-Pupillen bildete das Institut schon im röm. Rechte eine auffallende Ausnahme gegenüber der höchstpersönlichen Natur der Testirbefugniß. Mit Rücksicht auf die Auffassung, welche die §§ 1501 ff. über die elterliche Gewalt erkennen lassen, wäre eine solche Ausnahme noch weniger zu rechtfertigen; denn dem Entwurfe ist die römischrechtliche Auffassung der väterlichen Gewalt durchaus fremd. Erfahrungsmäßig wird in der Gegenwart von dem Institute nur sehr selten

[1]) Vergl. sächs. G. B. § 2522 „oder dem Erben sonst die freie Verfügung gestattet"; Mommsen § 460.

[2]) Windscheid §§ 558—561; Brinz §§ 374, 375; preuß. A. L. R. II, 2 §§ 521 bis 554; sächs. G. B. §§ 2203—2209 (hier jedoch beschränkt); württemb. Recht bei Stein §§ 70—72; Roth §§ 313, 314; u. A.

[3]) Unger § 19 Anm. 2; Mommsen, dessen Mot. S. 237—239; hess. Entw.

Gebrauch gemacht. Ueberdies haben auch nicht häufig die unter elterlicher Gewalt stehenden Kinder eigenes Vermögen von Belang.

Für das Institut kann geltend gemacht werden, daß dasselbe geeignet sei, die Kinder vor Gefahren zu schützen, welche ihnen, solange sie nicht selbst letztwillig verfügen können, leicht von den nächsten Gesetzeserben drohen möchten. Allein eine solche Besorgniß kann nur in den seltensten Fällen begründet sein; dann aber läßt sich auf anderem Wege Abhülfe schaffen. Es ist nur Sorge zu tragen, daß habsüchtigen und gewissenlosen Verwandten achtsame und energische Vormünder gegenüberstehen. Immerhin ist es nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechtes, für den Schutz des Lebens und der Gesundheit der Unmündigen zu sorgen. Weiter wird in dem Institute ein Mittel gefunden, unwürdigen gesetzlichen Erben den Nachlaß zu entziehen. Für die Fälle der eigentlichen Unwürdigkeit ist in den §§ 2045 ff. vorgesehen. Darüber hinaus kann es nicht die Aufgabe des bürgerlichen Rechtes sein, zu bewirken, daß das hinterlassene Vermögen nur in würdige Hände gelange. Andererseits bietet das Institut keine Gewähr, daß die Befugniß, für das Kind letztwillig zu verfügen, nicht zu willkürlichen Verfügungen gemißbraucht wird, welche einem unbegründeten Familienhasse oder grundlosen Neigungen oder Abneigungen entspringen.

Vierter Titel.

Vermächtniß.

Vorbemerkung.

Terminologie.

Der Entwurf gebraucht das Wort „Vermächtniß" in verschiedenem Sinne. Das Wort bedeutet die Vermächtnißverfügung oder auch deren Erfolg, und im letzteren Falle bald den Erfolg für den Bedachten (die objektive Zuwendung), bald den Erfolg für den Beschwerten (die objektive Beschwerung), endlich auch den Gegenstand der Verfügung. Das Wort „Vermächtniß" nur in einem Sinne zu gebrauchen, ist nicht rathsam. Das Gesetz würde sonst vielfach zu einer schwerfälligen Sprachweise gedrängt, ohne an Deutlichkeit zu gewinnen. Mißverständnisse über den Sinn, in welchem im einzelnen Falle von dem Vermächtnisse gesprochen wird, sind nicht zu besorgen. Die Worte „Zuwendung" und „Beschwerung" sind mindestens im Sinne der betreffenden Verfügung und im Sinne des Erfolges der Zuwendung verwendbar. Von diesen gilt das Gleiche.

Ablehnung des Vindikationslegates.

Von prinzipieller Bedeutung ist die Frage, ob der mit einem Vermächtnisse Bedachte in allen Fällen auf einen obligatorischen Erfüllungsanspruch zu beschränken oder ob das sog. Vindikationslegat zuzulassen und damit anzuerkennen sei, daß, falls bestimmte Nachlaßgegenstände vermacht sind, das vermachte Recht dem Bedachten ohne Weiteres anfällt oder die vermachte Be-

freiung von einer Verbindlichkeit oder Belastung unmittelbar eintritt, vorbehaltlich der Ausschlagung.

Das geltende Recht läßt überwiegend das Vindikationslegat zu[1]).

Der code civil Art. 1014 braucht einen zweifelhaften Ausdruck „droit à la chose léguée", den das bad. L. R. übersetzt „Eigenthum auf die vermachte Sache". Zachariae §§ 716, 719 entscheidet für das Vindikationslegat, Siren vol. I Nr. 16 scheint sich mehr für die schwächere Wirkung auszusprechen.

Der Entwurf hat das Vindikationslegat nicht aufgenommen.

Für die Anerkennung des Vindikationslegates läßt sich, außer dem ausgedehnten Geltungsgebiete, insbesondere geltend machen, daß der Erblasser unter Umständen — und vielleicht sogar in der Regel — ein Interesse daran hat, daß ein Nachlaßgegenstand, den er als einen individuellen vermacht, wirklich in die Hände des Bedachten gelangt. Mit Sicherheit kann er dies Ergebniß nur erzielen, wenn ihm die Macht gegeben wird, eine solche Verfügung mit dinglicher Wirkung zu treffen. Hat die Anordnung des Erblassers lediglich den Erfolg, daß der Bedachte Gläubiger des Beschwerten wird, so liegt die Gefahr nahe, daß dasjenige, was der Erblasser bezielte, nicht erreicht wird. Der Erbe kann aus bösem Willen oder auch aus Leichtsinn über den Gegenstand der Zuwendung verfügen; selbst die persönlichen Gläubiger des Erben sind in der Lage, auf den Gegenstand zu greifen; Gläubiger des Erblassers können, obwohl es an anderen genügenden Befriedigungsmitteln in dem Nachlasse nicht fehlt, den Gegenstand der Zuwendung als Objekt der Zwangsvollstreckung wählen. Allein es erscheint dennoch unzulässig, dem Erblasser das dingliche Verfügungsrecht in der Form des Vindikationslegates einzuräumen.

Der Entwurf behandelt die bloße Willenserklärung in Ansehung der vorzugsweise zu berücksichtigenden Eigenthumsübertragung als nicht ausreichend zur Herbeiführung des Ueberganges des Eigenthumes im Wege der Sondernachfolge durch Rechtsgeschäft unter Lebenden; er erfordert vielmehr den Hinzutritt eines äußeren Thatumstandes (Uebergabe, § 874, Auflassung bezw. Buchung, § 868 mit § 828). Es mag aber dahingestellt bleiben, ob mit diesem Systeme die Anerkennung des Vindikationslegates sich vereinigen läßt. Jedenfalls läßt das Vindikationslegat mit dem das Immobiliarrecht beherrschenden Grundbuchsysteme sich kaum, oder doch nur schwer, in Einklang bringen. Um dies zu erreichen, müßten zahlreiche Sondervorschriften gegeben werden, welche dem Verkehre wenig dienlich sein würden.

Das Hauptgewicht wohnt dem Umstande bei, daß der Erbe, welcher allein verpflichtet ist, für die Nachlaßverbindlichkeiten zu haften, berechtigt wie verpflichtet ist, den Nachlaß zu liquidiren, und deshalb in der Lage sein muß, erforderlichenfalls auch über den vermachten Gegenstand, welcher gleichfalls für die Erbschaftsschulden haftet, zu verfügen. Geht der vermachte Gegenstand

---

[1]) Windscheid § 646; Brinz §§ 426, 427; Roth § 367 Anm. 19, § 380 I mit § 324 Anm. 4, 45; preuß. A. L. R. I, 12 § 288; sächs. G. B. § 2451. Andererseits für den obligatorischen Anspruch österr. G. B., Unger § 64 Anm. 1; hess. Entw. Art. 297; Mommsen § 383 (dessen Mot. S. 388, 389); — wegen des preuß. A. L. R. auch Dernburg § 144, Eccius § 276 bei Anm. 23, 24.

unmittelbar auf den Vermächtnißnehmer über, so wird dem Erben nicht nur diese Befugniß entzogen, sondern er läuft sogar Gefahr, in den Fällen, in welchen der vermachte Gegenstand zur Schuldentilgung herangezogen werden muß, sich lediglich auf einen persönlichen Ersatzanspruch an den Vermächtnißnehmer beschränkt zu sehen, einen Anspruch, der vielleicht werthlos ist, wenn der Vermächtnißnehmer bereits über den Gegenstand verfügt hat, wie er dies unbehindert zu thun vermögen würde. Mittelbar werden in solchem Falle auch die Gläubiger des Erblassers betroffen.

Das geltende Recht sucht der sich ergebenden Gefährdung des Erben und der übrigen Nachlaßgläubiger dadurch entgegenzuwirken, daß der Vermächtnißnehmer thunlichst gehindert wird, über den vermachten Gegenstand zu verfügen. Es gestattet dem Vermächtnißnehmer nicht, eine vermachte bewegliche Sache ohne Zustimmung des Erben in Besitz zu nehmen[1]); es wird zur Umschreibung gebuchter Rechte auf den Vermächtnißnehmer die Einwilligung des Erben erfordert[2]), die wirksame Einziehung einer vermachten Forderung wird an die Zustimmung des Erben gebunden[3]). Eine solche Regelung führt indessen zu einer Zwittergestaltung, welche nach keiner Seite hin befriedigt (vergl. Mommsen's Mot. S. 389).

Veräußerungsverbot gegenüber dem Vermächtnißnehmer,

Eher läßt sich in Frage stellen, ob der Gefährdung des Erben und der Gläubiger nicht dadurch vorgebeugt werden könnte, daß, unter Beibehaltung des Vindikationslegates, der Vermächtnißnehmer einem Veräußerungsverbote unterstellt würde[4]). Allein ein solches Veräußerungsverbot, welches kein absolutes, sondern nur ein relatives sein könnte, hat nur einen beschränkten Erfolg (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 212 ff.), und gewährt dem Erben keine Verfügungsmacht über den vermachten Gegenstand. Die Verfügungsmacht des Erben läßt sich mit einem unmittelbaren dinglichen Erwerbe des Vermächtnißnehmers in keiner Weise vereinigen. Liegt die Anerkennung der Verfügungsmacht des Erben im allgemeinen Interesse und ist eine solche zum Schutze der Gläubiger nicht zu entbehren, so muß von dem unmittelbaren Rechtserwerbe des Vermächtnißnehmers abgesehen werden.

gegenüber dem Erben.

Wird nach anderweiten Sicherungsmitteln für den Vermächtnißnehmer gesucht, so erhebt sich die Frage, ob nicht dem Vermächtnißnehmer dadurch ein Schutz gegen die ihm drohenden Gefahren gewährt werden könnte, daß zu seinen Gunsten der Erbe einem relativen gesetzlichen Veräußerungsverbote unterstellt würde. Gegen ein solches Veräußerungsverbot sprechen nicht die gleichen Bedenken wie gegen das Vindikationslegat. Das Veräußerungsverbot

---

[1]) Windscheid § 649 Anm. 4; Brinz § 426 Anm. 9; Roth § 338 Anm. 87; preuß. A. L. R. I, 12 § 311; code civil Art. 1014 Abs. 2; sächs. G. B. § 2438.

[2]) Preuß. Ges. vom 23., 26., 27., 28. März 1873 und Dernburg § 144 Anm. 5, 6, Eccius § 276 Anm. 29; — für das gemeine Recht Seuffert's Arch. 21 Nr. 134; sächs. G. B. § 2451.

[3]) Vergl. Eccius § 276 Anm. 28; Dernburg § 150 Anm. 7—9; für das franz. Recht Zachariae § 723, vergl. jedoch Art. 1689; sächs. G. B. § 2477 mit § 962.

[4]) Vergl. Windscheid § 648 Anm. 18; Brinz § 428 Nr. 4; Unger § 64 Anm. 10.

könnte überdies dahin beschränkt werden, daß denjenigen Gläubigern, welche bereits Gläubiger des Erblassers waren, der Zugriff frei bliebe, und daß auch der Erbe über den vermachten Gegenstand insoweit frei verfügen könnte, als dies zum Zwecke der Befriedigung jener Gläubiger erforderlich wäre. Allein mit einem solchen Veräußerungsverbote würde der angestrebte Zweck nur in sehr unvollkommenem Maße erreicht werden. Es giebt kein Mittel, das Verbot in Ansehung der beweglichen Sachen und Forderungen zur Kenntniß eines jeden Dritten zu bringen. Verfügt der Erbe über die vermachte bewegliche Sache unter Nichtbeachtung des Verbotes, so wird der dritte Erwerber vielfach durch die Vorschriften über den Erwerb im guten Glauben (vergl. insbesondere die §§ 877—879, 1018 Abs. 2, § 1147 Abs. 2) geschützt sein. Hinsichtlich der Forderungen, welche einem Veräußerungsverbote unterstehen, ist im Allgemeinen dem Schuldner, der in Unkenntniß des Verbotes zahlt, ein besonderer gesetzlicher Schutz von dem Entwurfe nicht gewährt (vergl. Motive des Allg. Th. S. 214). Sollte zu Gunsten des Vermächtnißnehmers dem Erben ein Veräußerungsverbot auferlegt werden, so wäre es geboten, Fürsorge zu treffen für den Erbschaftsschuldner, welcher, ohne Kenntniß von dem Vermächtnisse, die Leistung an den Erben bewirkt. Geschähe dies, so träte im Wesentlichen das gleiche Ergebniß ein wie in Ansehung der beweglichen Sachen. In Ansehung der gebuchten Rechte wäre es freilich möglich, durch Eintragung in das Grundbuch in Gemäßheit des § 837 das Verbot zur Kenntniß Dritter zu bringen. Allein gerade für diese Rechte bedarf der Vermächtnißnehmer keines besonderen Schutzes; es genügt das ihm an sich schon zu Gebote stehende Auskunftsmittel der einstweiligen Verfügung (C. P. O. §§ 814 ff.). Wird hiernach mit einem solchen Veräußerungsverbote wenig erreicht, so fällt um so mehr ins Gewicht, daß ein derartiges Verbot, wie jedes Veräußerungsverbot, bedenkliche Störungen des Verkehres nothwendig im Gefolge hat, und daß wegen der oben angedeuteten unentbehrlichen Beschränkungen desselben zu Gunsten der bezeichneten Gläubiger und zu Gunsten des beschwerten Erben, soweit die Verfügung zum Zwecke der Befriedigung jener Gläubiger erforderlich ist, das Recht ein ziemlich verwickeltes werden würde.

Endlich ist nicht zu übersehen, daß dem Erblasser, wenn er den Erben nicht für zuverlässig hält, oder wenn er besorgt, der Erbe werde, auch wenn er die Erbschaft erlangt, nicht solvent werden oder bleiben, unbenommen ist, durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers (§§ 1889 ff.) den Vermächtnißnehmer vollständig zu sichern.

§ 1842.

I. Der Beschwerte.
1. Der Erbe.

Nachdem der § 1756 Abs. 2 klargestellt hat, wer mit Vermächtnissen beschwert werden kann, bestimmt der § 1842, wer als der wirklich Beschwerte in der Regel zu betrachten ist. Die dispositive Vorschrift, daß der Erbe als beschwert anzusehen, sofern nicht der Erblasser ein Anderes angeordnet hat, welche in der Fassung an den § 1756 sich anschließt, stimmt mit dem geltenden Rechte im Wesentlichen überein (vergl. u. A. preuß. A. L. R. I, 12 § 289,

welches jedoch nur von Vermächtnissen spricht, die nach baarem Gelde zu bestimmen sind; sächs. G. B. §§ 2390, 2393; code civil Art. 1017)[1]).

§ 1843.

2. Mehrere Erben oder Vermächtnißnehmer.

Für den Fall, daß mehrere Erben oder Vermächtnißnehmer mit demselben Vermächtnisse beschwert sind, giebt der § 1843 die Auslegungsregel, daß sie nach Verhältniß der Erbtheile bezw. des ihnen Zugewendeten beschwert sein sollen. Offen bleiben also die Fälle, in welchen ein Erbe und ein Vermächtnißnehmer oder mehrere Erben und ein oder mehrere Vermächtnißnehmer beschwert sind. Für die letztbezeichneten Fälle läßt sich eine allgemein zutreffende Regel nicht geben, weil die Sachlage zu verschieden sein kann; zumeist wird auch für solche Fälle der aufgestellte Grundsatz den richtigen Weg anzeigen.

Es ist nur eine Auslegungsregel aufgestellt; denn vor Allem kommt es darauf an, was der Erblasser gewollt hat. Die gleiche Regel ist gegeben, mögen mehrere (eingesetzte oder gesetzliche) Erben oder mehrere Vermächtnißnehmer beschwert sein, während das gemeine Recht[2]) und das sächs. G. B. §§ 2391, 2392, 2394 zwar die Erben nach Verhältniß der Erbtheile, aber die Vermächtnißnehmer stets zu gleichen Theilen die Last tragen lassen. Das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 289, 293, der code civil Art. 1017 und andere Rechte[3]) lassen dagegen, wie der Entwurf, die Beschwerten stets nach Verhältniß der Erbtheile oder des Zugewendeten haften. Für eine Ausnahme in Ansehung des Falles, daß das Verhältniß des mehreren beschwerten Vermächtnißnehmern Zugewendeten nur durch Schätzung sich ermitteln läßt, dahin, daß alsdann im Zweifel Haftung zu gleichen Theilen eintrete (Mommsen § 344), sprechen gewiß nicht überwiegende Gründe. Der Fall kann um so mehr übergangen werden, als nur eine Auslegungsregel aufgestellt ist. Mit dem gemeinen Rechte und einigen anderen Rechten[4]) zu unterscheiden, ob die beschwerten Erben ohne Bezugnahme auf ihre Eigenschaft als Erben als diejenigen bezeichnet sind, welche beschwert sein sollen, oder mit dem gemeinen Rechte Gewicht darauf zu legen, ob die beschwerten Erben unter Nennung des Namens belastet sind oder nicht, erscheint nicht gerechtfertigt. Hervorzuheben, daß die Verschiedenheit der Ausdrucksweise in dieser Hinsicht ohne Belang ist, besteht kein Anlaß. Die Fassung der Vorschrift wird darüber keinen Zweifel lassen.

Ist der Gegenstand des Vermächtnisses untheilbar, so haften die mehreren Erben als Gesammtschuldner (vergl. §§ 340, 341). Dies auszusprechen[5]), ist nicht erforderlich.

---

[1]) Vergl. ferner Windscheid § 626 Nr. 3; Roth § 318 Anm. 35; Brinz § 422 Anm. 1—3; Eccius § 252 S. 453, 454; Unger § 55 Nr. 2 Abs. 2; hess. Entw. Art. 288; Mommsen § 342.

[2]) Vergl. Windscheid § 626 Nr. 2; Brinz § 422 bei Anm. 5.

[3]) Oesterr. G. B. § 649; Unger § 55 Anm. 9; Mommsen §§ 342, 344; hess. Entw. Art. 288, 289 Abs. 2.

[4]) Windscheid § 626 Anm. 11; Roth § 318 Anm. 37; vergl. Dernburg § 136 Anm. 13; Eccius § 252 Anm. 13.

[5]) Mommsen § 345; Unger § 55 bei Anm. r.

Alternative Beschwerung.

Im gemeinen Rechte findet sich eine Entscheidung für den Fall, daß Mehrere mit demselben Vermächtnisse in der Art beschwert sind, daß die eine oder die andere Person die Leistung bewirken soll, und zwar dahin, daß anzunehmen sei, die Anordnung sei auf Begründung eines Gesammtschuldverhältnisses gerichtet[1]). Für den bezeichneten seltenen Fall ist eine Vorschrift nicht erforderlich. Sollte ein solcher Fall einmal vorkommen, so wird die Gesetzesauslegung mit Hülfe des § 321 zu einem angemessenen Ergebnisse gelangen. Der Umstand, daß im § 1769 Abs. 2 der alternativen Zuwendung gedacht ist, rechtfertigt nicht die Aufnahme einer Vorschrift, denn in dem letzteren Falle liegt die Sache nicht so einfach wie hier (vergl. S. 34).

§§ 1844—1846.

II. Der Bedachte.

Wer mit Vermächtnissen bedacht werden kann, ergiebt sich aus den §§ 1758, 1759. An dieser Stelle sind daher nur noch Vorschriften erforderlich, wer als bedacht anzusehen ist, wenn der Erblasser den Erben mit einem Veräußerungsverbote beschwerte (§ 1844), ob und mit welchem Erfolge auch ein Erbe bedacht werden kann (§ 1845), ferner, entsprechend den §§ 1792—1796, welche Bedeutung dem Umstande beizulegen ist, daß eine Mehrzahl von Personen mit einem und demselben Vermächtnißgegenstande bedacht wurde (§ 1846).

§ 1844.

1. Verbot der Veräußerung des Gegenstandes 2c.

Der Wille des Erblassers, daß ein bestimmter Gegenstand zunächst an den bedachten Erben, später aber an eine andere Person gelangen soll, kleidet sich nicht selten in die unvollständige und nach dem Wortsinne rechtlich wirkungslose Ausdrucksweise eines Veräußerungsverbotes. Es besteht daher ein praktisches Bedürfniß, für die Ergänzung des so geäußerten Willens zu sorgen. Hiervon ausgegangen, ist es als gleichbedeutend zu erachten, ob die Veräußerung oder die Verfügung von Todeswegen verboten ist. In beiden Fällen will der Erblasser, daß der Gegenstand im Vermögen des ersten Empfängers festgehalten wird und alsdann an den Nächstbedachten gelangt.

Ist eine Person bezeichnet, zu deren Gunsten das Verbot gereichen soll, so ist der Zuwendungswille zweifellos. Dieser Wille würde vielleicht auch ohne eine dispositive Vorschrift im Wege der Auslegung festgestellt werden können. Der Entwurf bestimmt, übereinstimmend insbesondere mit dem gemeinen Rechte[2]), daß die bestimmte Person nach dem Tode des Erben den Gegenstand als Vermächtniß erhalten soll.

Von besonderer praktischer Bedeutung ist aber eine Entscheidung für den Fall, daß es an der Bezeichnung einer Person, welche begünstigt werden soll,

---

[1]) Windscheid § 626 Anm. 12; Roth § 318 Anm. 38; Brinz § 422 Anm. 7; Dernburg § 136 Anm. 16.

[2]) Windscheid § 637 Anm. 4 ff. mit § 625 Anm. 14—16; Brinz § 163 Anm. 12; Unger § 57 Anm. 5; Mommsen § 359 Abs. 1.

fehlt. Solche Fälle, in welchen die Erhaltung in der Familie des Erblassers gewollt ist, sind häufig. Greift in diesen Fällen das Gesetz nicht ergänzend ein, so ist zu befürchten, daß die letztwillige Verfügung nicht in Kraft erhalten wird, obschon der wirkliche Wille des Erblassers zweifellos ist. Im gemeinen Rechte wird in der That vielfach angenommen, ein solches Verbot sei wirkungslos[1]). Der Entwurf ergänzt hingegen, im Wesentlichen übereinstimmend mit einer Mehrzahl der neueren Rechte[2]), die Willeserklärung dahin, daß die gesetzlichen Erben des Erben nach dem Tode des letzteren den Gegenstand als Vermächtniß erhalten sollen.

§ 1845.

2. Vorausvermächtniß.

Daß auch einem Erben ein Vermächtniß zugewendet werden kann (Abs. 1), entspricht wohl allen geltenden Rechten[3]). Der Entwurf spricht die Zulässigkeit eines solchen Vermächtnisses aus und wählt, im Anschlusse an Unger S. 253, als technischen Ausdruck „Vorausvermächtniß" als den bezeichnenderen Ausdruck, wenn dieser auch vielleicht weniger gebräuchlich ist, als „Vorvermächtniß".

Unter den Begriff des Vorausvermächtnisses fällt es an sich auch, wenn einer von mehreren Miterben zu Gunsten eines anderen Miterben beschwert ist. Dieser Fall bietet jedoch nichts Besonderes.

Beschwerung des Bedachten selbst.

Ist hingegen ein Vermächtniß dergestalt angeordnet, daß der Erbe selbst mitbeschwert ist, so zeigt sich im geltenden Rechte eine Verschiedenheit. Im gemeinen Rechte wird in einem solchen Falle das letztere Vermächtniß nur insoweit als gültig angesehen, als es auf den Erbtheilen der Miterben haftet[4]). In Ansehung des Theiles, zu welchem der Erbe selbst belastet ist, gilt das Vermächtniß als nichtig auf Grund des Satzes, daß Niemand Berechtigter und Verpflichteter in einer Person sein kann. Das sächs. G. B. §§ 2401, 2402 folgt dem gemeinen Rechte. Der Entwurf lehnt diese Auffassung ab (Abs. 2). Die aus einer solchen Auffassung sich ergebenden und im gemeinen Rechte gezogenen Schlußfolgerungen stehen mit dem anzunehmenden Willen des Erblassers in einem unverkennbaren Widerspruche. Wenn ein solches Vorausvermächtniß angeordnet ist, so will sichtbar der Erblasser den bedachten Erben nicht ungünstiger stellen, als er an sich steht, sondern sein Wille geht dahin, der bedachte Erbe solle in Ansehung des Theiles, welcher auf ihn selbst als Erben fällt, zwar alle Rechte als Erbe behalten, zugleich aber, soweit die Eigenschaft als Vermächtnißnehmer ihm eine günstigere Stellung gewährt, auch die letztere Stellung haben. Demgemäß behandelt der Entwurf das Vorausvermächtniß, soweit es dem bedachten Erben selbst zur Last fällt, im Wege der

---

[1]) Mommsen's Mot. S. 372, 373; Dernburg § 163 Anm. 12.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 534, 535 (zu Gunsten „der Familie"), dazu Dernburg § 163 bei Anm. 12, 13, Eccius § 254 Anm. 33; sächs. G. B. §§ 2387, 2526 (Verbot einer letztwilligen Verfügung); hess. Entw. Art. 163.

[3]) Windscheid § 627; Brinz § 423a; Roth § 318 Anm. 16 ff.; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 262, 271, 273, Dernburg § 137, Eccius § 252 bei Anm. 19 ff.; Unger § 55 Anm. 9—11; sächs. G. B. §§ 2401—2403; Mommsen § 351; hess. Entw. Art. 135, 136.

[4]) Vergl. Windscheid § 627 Anm. 2, 4—6; Roth § 318 Anm. 17, 19—21.

Fiktion als ein wirksames Vermächtniß gegenüber Allen, welchen gegenüber es dem bedachten Erben vortheilhaft sein kann, mithin gegenüber den Miterben, den übrigen Vermächtnißnehmern und den Nacherben. Ein Vindikationslegat liegt somit auch insoweit, als das Vorausvermächtniß auf dem bedachten Erben selbst lastet, nicht vor. Der Entwurf stimmt in dieser Behandlung des Vorausvermächtnisses überein mit der Mehrzahl der neueren Rechte[1]). Zu beachten ist, daß die Eigenschaft als Vermächtnißnehmer auch dann in Betracht kommt, wenn der Nachlaß zwar hinreicht, um die Gläubiger des Erblassers, nicht aber alle Vermächtnißnehmer, oder doch nur diese, zu befriedigen.

Eine Anlehnung an das deutschrechtliche Institut des „Voraus"[2]) ist abgelehnt, weil damit, wenn auch diese Lösung zu einem ebenfalls befriedigenden Ergebnisse führen mag, ein wenig klares Rechtsverhältniß geschaffen wird.

Von selbst versteht sich, daß die Anordnung keine Bedeutung hat, wenn der bedachte Erbe der einzige Erbe ist, die Erbschaft erwirbt und andere Vermächtnisse nicht angeordnet sind, und daß für das einem Miterben bestimmte Vorausvermächtniß, wenn ein Beschwerter nicht bezeichnet ist, alle Miterben, einschließlich des Bedachten, gemäß dem § 1843 als nach Verhältniß ihrer Erbtheile beschwert anzusehen sind.

Annahme bei Ausschlagung der Erbschaft.

Die Frage, ob der Erbe das Vorausvermächtniß annehmen kann, auch wenn er die Erbschaft ausschlägt, bejaht der Entwurf (Abs. 3), in Uebereinstimmung mit dem überwiegend geltenden Rechte[3]). Wenn der Erblasser das Vorausvermächtniß von der Bedingung der Annahme der Erbschaft abhängig gemacht hat, so liegt wohl ein bedingtes Vorausvermächtniß vor.

Eine besondere Vorschrift in Ansehung derjenigen Verfügungen, durch welche der Erblasser einen Nachlaßgegenstand einem Erben mit der Bestimmung zuweist, er solle den Gegenstand auf seinen Erbtheil erhalten (von Unger „Hineinvermächtniß" genannt)[4]), ist nicht erforderlich.

§ 1846.

3. Mehrere mit einem und demselben Gegenstande Bedachte.

Für den Fall, daß mehrere Personen als Erben ohne oder ohne ausreichende Theilbestimmung eingesetzt sind, bestimmt der Entwurf in den §§ 1792 bis 1796. Jene Vorschriften werden für entsprechend anwendbar erklärt, wenn es sich um die Theilung unter mehreren Bedachten in Ansehung eines und desselben Vermächtnißgegenstandes handelt (Abs. 1). Auch hier ist der erkennbare Wille des Erblassers zunächst maßgebend. Ist der Wille des Erblassers nicht

---

[1]) Unger § 55 Anm. 10, 11; preuß. A. L. R. I, 12 § 262, Eccius § 252 Anm. 22 ff., Dernburg § 137 Anm. 7 ff.; bayr. L. R. III, 6 § 5; Roth § 318 Anm. 21; hess. Entw. Art. 135, 136.

[2]) Mommsen § 351; Unger § 55 Anm. 11; Eccius § 252 Anm. 21.

[3]) Unger § 55 Anm. 10; Windscheid § 627 Anm. 5; Roth § 318 Anm. 18; Dernburg § 137 Anm. 12; Eccius § 252 bei Anm. 26, 27, § 269 Anm. 61; sächs. G. B. § 2403; hess. Entw. Art. 350 Abs. 1; Mommsen § 351 Abs. 3.

[4]) Vergl. Unger § 55 Anm. 11; Dernburg § 137 Anm. 26; Eccius § 252 Anm. 26, § 249 Anm. 115.

erkennbar, so erscheint es angemessen, dieselben Theilungsgrundsätze, wie bei der Erbeinsetzung anzuwenden. Die entsprechende Anwendung des § 1794 ist dahin zu lesen „sofern der Wille des Erblassers erhellt, daß die Vermächtnißnehmer den vermachten Gegenstand ganz erhalten (also den Beschwerten ausschließen) sollen".

Das geltende Recht ist in dieser Hinsicht nicht übereinstimmend. So enthält das gemeine Recht besondere Regeln für die Theilung des Vermächtnißgegenstandes, welche von denen für die Erbeinsetzung abweichen[1]); ihm folgen darin einige Rechte[2]), während andere Rechte sich jeder Regelung dieser Fälle enthalten[3]). Für die Entscheidung des Entwurfes ist maßgebend, daß es nicht rathsam erscheint, von Auslegungsregeln abzusehen, daß aber andererseits kein Anlaß ersichtlich ist, in dieser Beziehung besondere Regeln aufzustellen, zumal diejenigen des gemeinen Rechtes und der ihm im Wesentlichen sich anschließenden Rechte, soweit sie von den für die Erbeinsetzung gegebenen abweichen, gewagt erscheinen. Wegen der Verbindung der mehreren Bedachten in einem Satze (sächs. G. B. § 2397; Mommsen § 347) gilt das zum § 1796 S. 68 Bemerkte.

Forderung, vertretbare Sachen.

Daß auch dann, wenn eine Forderung oder eine Menge vertretbarer Sachen Gegenstand des Vermächtnisses ist, mehrere Vermächtnißnehmer als mit einem und demselben Gegenstande bedacht gelten sollen (Abs. 2), ist deshalb besonders vorgeschrieben, weil bei derartigen Zuwendungen wegen der Natur des Gegenstandes und in Ansehung der auf theilbare Leistungen gerichteten Forderungen wegen des im § 320 ausgesprochenen Grundsatzes (nomina ipso jure divisa sunt) angenommen werden könnte, es liege eine Realtheilung vor. Dies würde zu dem Mißverständnisse Anlaß geben können, in solchen Fällen fänden die Vorschriften des ersten Absatzes keine Anwendung.

Die Bedeutung der Vorschrift zeigt sich auch bei der Anwachsung (vergl. § 1870); sie muß aber nicht minder bei der Ersatzberufung zur Anwendung gelangen; deshalb ist es rathsam, die Vorschrift bereits hier aufzunehmen und dadurch die ihr zukommende weitere Bedeutung klarzustellen.

§ 1847.

III. Gegenstand des Vermächtnisses. 1. Unbestimmte Bezeichnung.

Für den Fall, daß die Leistung, welche den Gegenstand des Vermächtnisses bilden soll, weder bestimmt bezeichnet noch nach den Anordnungen des Erblassers zu ermitteln ist, wird das Vermächtniß für nichtig erklärt. Die Fassung schließt sich an den § 352 an. Durch Verwendung der Mehrheit „Anordnungen" gelangt zum Ausdrucke, daß der letzte Wille in seiner Gesammtheit zu berücksichtigen ist, nicht ausschließlich der Wortlaut der einzelnen Verfügung. Die Nothwendigkeit einer solchen Vorschrift, wenngleich dieselbe im Wesentlichen einen rechtswissenschaftlichen Satz enthält, ergiebt sich

---

[1]) Windscheid § 625 Anm. 5 ff.; Brinz § 423; Roth § 318 Anm. 11 ff.

[2]) Sächs. G. B. §§ 2397—2400; Mommsen §§ 347, 348.

[3]) Unger § 55 Nr. 3. Wegen des preuß. A. L. R. vergl. Eccius § 252 Anm. 18 mit § 251 bei Anm. 77 ff., Dernburg § 135 Anm. 6 ff. Vergl. ferner hess. Entw. Art. 154.

für den Entwurf daraus, daß der § 352 aufgenommen ist, dieser sich aber nur auf Verträge bezieht und in dem Abschnitte „Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden" sich findet. Die Gründe, welche die Aufnahme des § 352 rechtfertigen (Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 191), treffen für das Vermächtniß in gleichem Maße zu[1]).

Möglicher Gegenstand.

Der Entwurf hat von besonderen Vorschriften darüber, was Gegenstand des Vermächtnisses sein kann, soweit solche nicht aus den §§ 1848—1864 zu entnehmen sind, abgesehen. Er bedarf solcher Vorschriften nicht mit Rücksicht auf die dargelegte Grundauffassung, daß das Vermächtniß nur eine obligatorische Verpflichtung des Beschwerten begründet, und demgemäß Alles, was Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann, zum Gegenstande eines Vermächtnisses gemacht werden kann. Deshalb besteht auch kein Anlaß, zu bestimmen, daß eine Handlung des Beschwerten, soweit eine solche Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann, Gegenstand eines Vermächtnisses zu sein vermag (vergl. preuß. A. L. R. I, 12 § 387; Mommsen § 352, dessen Mot. S. 369).

Res extra commercium.

Abweichend von der Mehrzahl der geltenden Rechte, enthält sich der Entwurf ferner einer Vorschrift über die Zuwendung verkehrsunfähiger Sachen — res extra commercium — durch Vermächtniß[2]). Für den Entwurf ist entscheidend, daß im Sachenrechte von der Aufstellung des Begriffes verkehrsunfähiger Sachen abgesehen ist (Motive zum Sachenrechte S. 25 ff.), und daß auch in Ansehung des obligatorischen Vertrages über solche Sachen nichts bestimmt ist (vergl. Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 177), sowie daß es sich auch hier um die Gültigkeit und Wirksamkeit des Vermächtnisses aus dem Gesichtspunkte der Zulässigkeit handelt.

§§ 1848—1852.

2. Dem Erblasser oder einem Anderen gehörender Gegenstand.

Der vermachte Gegenstand kann dem Erblasser, einem Dritten, dem Beschwerten oder dem Bedachten gehören. Die hieraus sich ergebenden verschiedenen Fragen werden in den §§ 1848—1852 beantwortet.

Der Entwurf unterscheidet nicht, wie es die Mehrzahl der geltenden Rechte thut, ob der vermachte Gegenstand dem Beschwerten oder einem Dritten gehört. Es fehlt an inneren Gründen zu einer solchen Unterscheidung. Denn wird gemäß dem § 1850 davon ausgegangen, der Erblasser würde den Gegenstand nicht vermacht haben, wenn er gewußt hätte, daß der Gegenstand ihm nicht gehöre, so kann es auch keinen Unterschied machen, ob der Gegenstand dem Beschwerten oder einem Dritten gehört. Der Umstand, daß das Vermögen des Erblassers und das des Erben in gewissen Beziehungen zu einem Ganzen zusammenfließen, ändert daran insofern nichts, als der Erblasser immer

[1]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Windscheid § 633 Anm. 18, § 655 Anm. 8; Roth § 322, II; Unger § 60; Eccius § 252 S. 459.

[2]) Windscheid 634 Anm. 5, 6; Brinz § 414 Anm. 1 ff.; Roth § 322 Anm. 2 ff.; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 386, 456; österr. G. B. §§ 653, 654; sächs. G. B. §§ 2408 bis 2410; Mommsen § 353.

nur über sein Vermögen, nicht aber über das Vermögen des Erben zu verfügen berechtigt ist. Wenn das geltende Recht anders bestimmt, so ist dies sichtbar nur ein Nachklang des röm. Rechtes, welches von anderen Gesichtspunkten ausging.

Demgemäß sind auch Vorschriften für den Fall, daß die Voraussetzung des Erblassers darüber, ob der Gegenstand dem Beschwerten oder einem Dritten gehört, nicht zutrifft, entbehrlich. Hat der Erblasser nur erklärt, ihm gehöre der Gegenstand nicht, so könnte zweifelhaft erscheinen, ob das Vermächtniß nicht für unwirksam zu erklären sei, wenn der Gegenstand nicht dem Beschwerten, sondern einem Dritten gehört, und ob nicht das Gleiche um so mehr gelten müsse, wenn der Erblasser einen Gegenstand, welcher dem Beschwerten nicht gehört, als demselben gehörend bezeichnet hat. Indessen besteht kein hinreichender Grund, für solche Fälle eine besondere Entscheidung zu treffen. Die allgemeinen Grundsätze genügen, insbesondere die Anwendbarkeit des § 1781. In den bezeichneten Fällen erscheint der Schluß nicht zwingend, daß der Erblasser im Zweifel den Gegenstand nur habe zuwenden wollen, wenn derselbe zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses oder doch zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles im Vermögen des Beschwerten sich befinde. Vielmehr wird in der Regel der Erblasser dem Bedachten den Gegenstand zuwenden wollen, gleichviel wem derselbe gehört. Hat der Erblasser sich wirklich durch die irrige Annahme, der vermachte Gegenstand gehöre dem Beschwerten, zur Anordnung des Vermächtnisses bestimmen lassen und ist dieser Irrthum aus der Verfügung ersichtlich, so unterliegt das Vermächtniß der Anfechtung. Daß in diesem Falle nur Anfechtbarkeit, nicht Unwirksamkeit eintritt, und erstere nur dann, wenn die Verfügung selbst über den Irrthum Auskunft giebt, kann vielleicht Bedenken hervorrufen; allein diese Bedenken sind von allgemeinerer Tragweite und richten sich gegen den § 1781 überhaupt, widerlegen sich also aus den Gründen, auf welchen der § 1781 beruht.

Verfügung über fremdes Gut.

Ist über fremdes Gut verfügt, so liegt nicht nothwendig ein ungültiges Vermächtniß vor[1]). Denn, wie durch Vertrag unter Lebenden die Leistung eines fremden Gegenstandes gültig übernommen werden kann (§ 348), so muß auch durch Verfügung von Todeswegen die Verpflichtung zur Leistung eines fremden Gegenstandes gültig auferlegt werden können. Allein bei der Verfügung von Todeswegen ist davon als Regel auszugehen, daß der Erblasser über Gegenstände seines Nachlasses, nicht über fremdes Gut hat verfügen wollen. Demgemäß kommt es bei der letztwilligen Verfügung, abweichend von den Rechtsgeschäften unter Lebenden, darauf an, ob der Erblasser bei Errichtung der letztwilligen Verfügung gewußt hat, daß der Gegenstand, über welchen durch Vermächtniß verfügt wird, ihm gehörte oder nicht gehörte. Wußte der Erblasser, daß der Gegenstand ihm nicht gehört oder ist die Vermuthung

[1]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Windscheid § 654; Brinz § 415; Roth § 323; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 374 ff., Eccius § 252 Anm. 61 ff., Dernburg § 138 Anm. 12; code civil Art. 1021, bei dessen Beurtheilung die eigenthümlichen Beweisgrundsätze des franz. Rechtes nicht zu übersehen sind; Unger § 67; sächs. G. B. § 2457; Mommsen § 399; hess. Entw. Art. 151.

widerlegt, daß er davon nicht gewußt hat, so entscheiden die Vorschriften des § 1849. Ist über fremdes Gut verfügt, ohne daß der Fall des § 1849 vorliegt, d. h. ohne daß der Erblasser den Gegenstand als ihm nicht gehörend bezeichnet hat und ohne daß er die — nicht zu vermuthende — Kenntniß davon hatte, daß der Gegenstand ihm nicht gehöre, so ist das Vermächtniß unwirksam, also nicht lediglich anfechtbar nach Maßgabe des § 1781.

Anfechtbarkeit.

Würde die Anfechtbarkeit bestimmt, so wäre es geboten, das nach dem § 1781 wesentliche Erforderniß fallen zu lassen, daß die Voraussetzung, wegen deren Nichtvorhandenseins angefochten werden kann, erklärt ist. Kein geltendes Recht steht auf diesem Boden. Die entsprechende Anwendung des § 1781 würde aber auch, zumal mit Rücksicht auf die sich anschließenden §§ 1785, 1786 zu Härten führen, gegenüber dem Beschwerten, weil er wegen der kurzen Frist vielleicht nicht in der Lage ist, das Anfechtungsrecht rechtzeitig auszuüben, gegenüber dem Verfügenden, weil er genöthigt wäre, sobald er erfährt, der vermachte Gegenstand sei ein fremder, eine neue Verfügung zu errichten, wenn er verhindern will, daß die nachträgliche Billigung angenommen werde.

Grund der Unwirksamkeit.

Dahingestellt bleiben kann, welches der Grund der Unwirksamkeit ist. Dies ist nur eine Konstruktionsfrage, deren Entscheidung im Gesetze nicht erforderlich ist. Von den möglichen Begründungen seien folgende erwähnt: Das Vermächtniß kann wegen wesentlichen Irrthumes als nichtig erachtet werden, weil der Gegenstand der Verfügung ein ganz anderer ist, als bei dem gewöhnlichen Vermächtnisse, indem an die Stelle der Herausgabepflicht für den Beschwerten die Verpflichtung tritt, den Gegenstand zu verschaffen, und weil nach dem § 98 davon auszugehen ist, der Erblasser würde die Verfügung nicht getroffen haben, wenn er den wirklichen Sachverhalt gekannt hätte. Ferner kann die Auffassung zu Grunde gelegt werden, es liege an sich nur ein Irrthum im Beweggrunde auf Seiten des Verfügenden vor; dieser nach dem § 102 an sich belanglose Irrthum müsse hier, entsprechend dem Vorbehalte im § 102 „sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt", dem wesentlichen Irrthume gleichgestellt werden, weil auf dem Gebiete des Erbrechtes nach dem § 1778 dem eigentlichen Willen des Erblassers in erhöhtem Maße Rechnung zu tragen sei. Weiter ist es möglich, in dem Umstande, daß der vermachte Gegenstand dem Verfügenden gehört, eine stillschweigende Bedingung (condicio juris) zu finden, so daß der Erblasser gewissermaßen mit dem Zusatze verfügt habe „sofern der Gegenstand mir gehört". Endlich läßt sich die Ansicht vertreten, es sei regelmäßig als Wille des Erblassers anzunehmen, daß derselbe einen Gegenstand aus seinem Nachlasse zuwenden, somit nur dasjenige vermachen wolle, was er zur Zeit der Verfügung habe und zur Zeit seines Todes noch habe; finde sich das Vermachte nicht in dem Nachlasse vor, so sei die Leistung unmöglich und damit das Vermächtniß gegenstandslos geworden (vergl. § 1853).

a) Vermächtniß eines dem Erblasser gehörenden Gegenstandes.

§ 1848.

Der § 1848 bringt die Auffassung des Entwurfes, welche vorstehend bereits entwickelt ist, zum Ausdrucke. Die Fassung „das Vermächtniß ist nur

dann wirksam, wenn . . ." ist gewählt, weil sie dem Gedanken mehr entspricht, daß an sich die Verfügung über fremdes Gut nicht unwirksam ist, und weil sie es ermöglicht, die Ausnahmen einzufügen. Zum Verständnisse des § 1848 ist zugleich die im § 1850 aufgestellte Vermuthung zu beachten, daß bei der Zuwendung eines individuellen Gegenstandes anzunehmen ist, der Gegenstand sei als dem Erblasser gehörend zugewendet, und der Erblasser habe, wenn der Gegenstand ihm nicht gehört, hiervon keine Kenntniß gehabt.

Indem unter Nr. 1 ausgesprochen wird, das Vermächtniß sei nur dann wirksam, wenn der Gegenstand zur Zeit des Erbfalles dem Erblasser gehört, wird zugleich eine Reihe von Entscheidungen getroffen.

Zur Zeit der Anordnung nicht dem Erblasser gehörender

Es erhellt daraus, daß das Vermächtniß wirksam ist, wenn der Gegenstand dem Erblasser zur Zeit der Anordnung nicht gehört, wohl aber zur Zeit des Erbfalles. Diese Entscheidung ist eine positive, stimmt aber mit einer größeren Zahl der geltenden Rechte überein[1]). Abgelehnt ist, in Anlehnung an den § 1786 zu bestimmen, das Vermächtniß sei auch dann wirksam, wenn der Erblasser Kenntniß davon erlangt hat, daß die vermachte Sache ihm nicht gehöre, und dennoch unterlassen hat, seine Verfügung aufzuheben, obwohl er hierzu im Stande war, und von der Zeit der Möglichkeit der Aufhebung bis zu seinem Tode ein Jahr verstrichen ist. Durch eine Vorschrift dieses Inhaltes würde der Erblasser, wie schon bei Ablehnung des Standpunktes der Anfechtbarkeit hervorgehoben ist, genöthigt werden, eine neue Verfügung zu errichten, um nur dem Wirksamwerden der an sich ungültigen Anordnung vorzubeugen.

irrig als ein fremder bezeichneter,

Ferner ergiebt sich daraus, daß das Vermächtniß auch dann wirksam ist, wenn der bezeichnete Gegenstand irrig als ein fremder bezeichnet ist, obschon er in der That dem Erblasser gehört (vergl. in Ansehung dieses Falles bayr. L. R. III, 7 § 6 Nr. 1)[2]). Die Entscheidung rechtfertigt sich deshalb, weil in der Regel der Erblasser, welcher bei Errichtung der Verfügung den vermachten Gegenstand irrthümlich als einen fremden ansieht und bezeichnet, die Zuwendung des Gegenstandes will, nicht weil, sondern obgleich derselbe ein fremder ist. Möglich ist freilich auch, daß der Erblasser durch die irrige Annahme, der Gegenstand gehöre einem Anderen, zu der Zuwendung bestimmt worden ist. Trifft diese Voraussetzung zu, so läßt sich vielleicht aus dem § 98 folgern, die Verfügung sei wegen wesentlichen Irrthumes nichtig. Ob eine solche Folgerung berechtigt sein würde, kann dahingestellt bleiben und ebenso, ob der Irrthum die Verfügung zu einer nach dem § 1781 anfechtbaren macht. Jedenfalls besteht kein Anlaß, für einen so seltenen Fall etwas Besonderes zu bestimmen und die allgemeinen Grundsätze zu modifiziren.

z. Z. des Erbfalles nicht gehörender Gegenstand.

Die Vorschrift entscheidet weiter den Fall, daß der dem Erblasser zur Zeit der Errichtung der Verfügung gehörende Gegenstand diesem zur Zeit des Erbfalles nicht mehr gehört. In diesem Falle ist das Vermächtniß unwirksam,

---

[1]) Vergl. Windscheid § 654 Anm. 15; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 315, 316; hess. Entw. Art. 138; Mommsen § 398; Unger § 67 Anm. 5.

[2]) Vergl. ferner Windscheid § 654 Anm. 1; Roth § 323 Anm. 3; Unger § 67 bei Anm. 1.

und zwar sowohl, wenn der Erblasser selbst veräußert hat, als dann, wenn er den Gegenstand ohne seinen Willen verloren hat.

In Ansehung der Veräußerung entspricht die Vorschrift allen geltenden Rechten, obwohl dieselben dieses Ergebniß meist aus der dem Entwurfe nicht bekannten Ademtion ableiten[1]).

In Ansehung des Verlustes des Gegenstandes gegen den Willen des Erblassers bestehen im geltenden Rechte verschiedene Auffassungen. Für das gemeine Recht wird die Ansicht vertreten, ein solcher Verlust beseitige das Vermächtniß nicht[2]). Für das preuß. A. L. R. dürfte wegen I, 12 § 315 der Wegfall des Vermächtnisses anzunehmen sein, indessen bestehen immerhin Zweifel, insbesondere für den Fall der Enteignung. Das österr. G. B. § 725 erklärt im Falle der Veräußerung auf gerichtliche Anordnung oder der Berichtigung der vermachten Forderung seitens des Schuldners das Vermächtniß als fortbestehend (Unger § 67 Anm. 4). Mommsen (Mot. S. 378, 379) ist der Ansicht, die unfreiwillige Veräußerung berühre die Wirksamkeit des Vermächtnisses nicht; allein er geht von dem Widerrufsstandpunkte aus. Es ist nicht abzusehen, weshalb nicht in allen Fällen des Verlustes des Eigenthumes ohne den Willen des Erblassers, insbesondere bei Konfiskation, Enteignung ohne Entschädigung, Ersitzung 2c., die gleiche Beurtheilung eintreten soll, wie wenn der Erblasser fremdes Gut, ohne zu wissen, daß es fremdes ist, vermacht hat. Das Gleiche muß gelten, wenn der vermachte Gegenstand vor dem Tode des Erblassers im Wege der Zwangsenteignung oder Zwangsvollstreckung veräußert war, da nicht anzunehmen ist, daß der Erblasser das Vermächtniß auch für den Fall einer solchen Entziehung des Gegenstandes gewollt hat.

Bei einer nur theilweisen Veräußerung des vermachten Gegenstandes tritt auch nur eine theilweise Unwirksamkeit des Vermächtnisses ein (vergl. sächs. G. B. § 2418; Mommsen § 367; aber abweichend code civil Art. 1038; hess. Entw. Art. 185).

Wiedererwerb.

Endlich ist auch durch die Vorschrift der Fall des Wiedererwerbes des vermachten Gegenstandes seitens des Erblassers für die Wirksamkeit des Vermächtnisses entschieden, mit der Mehrzahl der geltenden Rechte[3]), aber entgegen dem code civil Art. 1038 und dem sächs. G. B. § 2418.

Aufbewahrung des Erlöses.

Mit dem preuß. A. L. R. I, 12 § 322 eine Vermuthung dafür aufzustellen, daß, wenn der Erblasser das für die veräußerte Sache gelöste Geld besonders aufbewahrt hat, daraus zu entnehmen sei, der Bedachte solle dies Geld haben, ist nicht für angemessen erachtet. Mit Mommsen (dessen Mot.

---

[1]) Windscheid § 654 Anm. 13 mit § 640 Anm. 5; Roth § 338 Anm. 76, § 323 Anm. 17; preuß. A. L. R. I, 12 § 315, Eccius § 252 Anm. 48; code civil Art. 1038; sächs. G. B. § 2418; österr. G. B. § 724; hess. Entw. Art. 185; Mommsen § 367.

[2]) Windscheid § 654 Anm. 14.

[3]) Windscheid § 654 Anm. 13 a. E.; aber dagegen Unger § 67 Anm. 5; preuß. A. L. R. I, 12 § 316; österr. G. B. § 724; hess. Entw. Art. 185; mit Beschränkungen Mommsen § 367.

S. 378) wird daran festzuhalten sein, daß dieser Umstand eine gesetzliche Vermuthung nicht rechtfertigt.

Widerrufsvorbehalt ꝛc.

Noch weniger bedarf der Fall einer besonderen Regelung (vergl. code civil Art. 1038; hess. Entw. Art. 185), daß eine Veräußerung mit Vorbehalt des Widerrufes oder des Wiederkaufes oder daß eine Vertauschung stattgefunden hat.

Kenntniß des Erbl., daß der Gegenstand ihm nicht gehöre.

Die Vorschrift unter Nr. 2, daß das Vermächtniß wirksam ist, wenn der Erblasser zur Zeit der Anordnung Kenntniß davon hatte, daß der Gegenstand ihm nicht gehört, entspricht ebenfalls der bereits erörterten Auffassung des Entwurfes. Darüber, welche Verpflichtungen in diesem Falle dem Beschwerten obliegen, bestimmt der § 1849.

Anspruch auf Leistung des Gegenstandes.

Endlich wird unter Nr. 3 die Ausnahme von der Unwirksamkeit bestimmt, „wenn dem Erblasser zur Zeit des Erbfalles ein Anspruch auf Leistung des Gegenstandes zusteht". Im Anschlusse an eine Mehrzahl der Rechte[1]) wird beigefügt, in einem solchen Falle sei anzunehmen, daß die Zuwendung des Anspruches von dem Erblasser gewollt sei.

Veräußerungsverpflichtung.

Ist der Erblasser zur Veräußerung des vermachten Gegenstandes verpflichtet, so wird der Gegenstand als ihm nicht gehörend anzusehen sein. In Uebereinstimmung mit Mommsen § 367 Abs. 2 (dessen Mot. S. 379) wird von dem Entwurfe eine Dispositivvorschrift dieses Inhaltes aufgestellt (Abs. 2). Mit Recht macht Mommsen geltend, daß es an jedem Anlasse fehle, die Fälle verschieden zu behandeln, in welchen der Erblasser zur Zeit des Erbfalles veräußerungspflichtig ist und in welchen das dingliche Veräußerungsgeschäft bereits stattgefunden hat. Zwar steht an sich, wenn der Erblasser nach Errichtung der Verfügung von Todeswegen eine Verpflichtung eingeht, den vermachten Gegenstand zu veräußern, oder wenn eine solche Verpflichtung ihn ohne sein Zuthun trifft und die Veräußerung bis zu seinem Tode nicht vorgenommen ist, der Vollziehung des Vermächtnisses nichts entgegen. Allein, wird auf den Willen des Erblassers gesehen, so ist hinsichtlich der Wirksamkeit des Vermächtnisses die Uebernahme oder das Ueberkommen der Veräußerungsverpflichtung der Veräußerung gleichzustellen, da wirthschaftlich ein solcher Gegenstand nicht mehr zum Vermögen des Erblassers gehört. Dieser Gesichtspunkt muß auch dann entscheidend sein, wenn der Erblasser bereits zur Zeit der Errichtung der Verfügung zur Veräußerung des vermachten Gegenstandes verpflichtet war. Hatte der Erblasser damals von dieser seiner Verpflichtung Kenntniß, so muß angenommen werden, daß er wissentlich fremdes Gut vermacht hat, wenn er trotzdem diesen Gegenstand einem Vermächtnißnehmer zuwendet. In einem solchen Falle werden die Vorschriften des § 1849 anzuwenden sein. Dies besonders zu bestimmen, ist nicht erforderlich. Hatte der Erblasser von der Verpflichtung zu der Zeit, als er die Verfügung errichtete, keine Kenntniß, so muß das Gleiche gelten, wie in allen Fällen, in welchen er über einen ihm nicht gehörenden Gegenstand verfügt hat, ohne zu wissen, daß ihm der Gegen-

[1]) Windscheid § 654 Anm. 12; preuß. A. L. R. I, 12 § 385, Dernburg § 138 Anm. 17, Eccius § 252 Anm. 47; Mommsen § 398 (dessen Mot. S. 400); u. A.

stand nicht gehöre. Das Vermächtniß ist demgemäß unwirksam, es sei denn, daß die Veräußerungsverpflichtung sich erledigt oder der Gegenstand selbst oder ein Anspruch auf Leistung des Gegenstandes zur Zeit des Erbfalles wieder zum Vermögen des Erblassers gehört.

Für den Fall, daß der vermachte Gegenstand dem Erblasser nur zum Theil gehört, geben einige Rechte (sächs. G. B. § 2460; Mommsen § 401) eine besondere Auslegungsregel. Im Zweifel wird anzunehmen sein, daß der Erblasser nur über diesen Theil verfügen wollte. Aber eine Auslegungsregel für diesen besonderen Fall ist um so weniger angezeigt, als noch manche andere, vielleicht weniger zweifelfreie Fälle denkbar sind, ohne daß es ausführbar wäre, für alle derartigen Fälle mit Auslegungsregeln einzugreifen, z. B. wenn dem Erblasser nur ein dingliches Recht an der Sache, über welche er verfügt hat, zusteht.

Gegenstand aus dem Vermögen des Bedachten.

Die Vorschriften des § 1848 auf den Fall auszudehnen, daß der Erblasser einen Vermächtnißnehmer verpflichtet hat, aus seinem Vermögen einen Gegenstand zu gewähren, besteht kein Anlaß. Geregelt wird im § 1848 lediglich der Fall, daß der Erblasser formell über einen Gegenstand als ihm gehörend verfügt hat. Hat der Erblasser über einen Gegenstand verfügt, welcher ihm nicht gehört, so treffen die Erwägungen, auf welchen der § 1848 beruht, in der Regel nicht zu. Jedoch wird zumeist klar sein, daß der Erblasser den Gegenstand des Untervermächtnisses als ihm nicht gehörend zugewendet hat.

§ 1849.

b) Verschaffungsvermächtniß.

Den Fall, daß der Erblasser einen Gegenstand als ihm nicht gehörend oder in Kenntniß davon, daß derselbe ihm nicht gehört, dem Vermächtnißnehmer zugewendet hat, regelt der § 1849.

Vorausgesetzt wird, daß eine Vermächtnißverfügung vorliegt, wie sie im Leben üblich ist, nämlich, daß der Erblasser verfügt hat: „Dem N... vermache ich den und den Gegenstand“ oder „N. soll den und den Gegenstand erhalten“. Ist der Wille so erklärt, so ist die Vermuthung begründet, der Erblasser habe nur über sein Vermögen verfügen wollen (§§ 1848, 1850). Gehört der vermachte Gegenstand dem Erblasser nicht oder doch nicht zur Zeit des Erbfalles, so ist nach dem § 1848 das Vermächtniß unwirksam. Ist aber der Erblasser, welcher so verfügt hat, sich bewußt gewesen, daß der vermachte Gegenstand ihm nicht gehöre, so hat er sich nur im Ausdrucke vergriffen. In Wirklichkeit ging sein Wille dahin, der Beschwerte solle verpflichtet sein, den vermachten Gegenstand zu verschaffen. In diesem Sinne ist alsdann das Vermächtniß als wirksam zu behandeln. Der Beschwerte, mag er der Erbe oder selbst ein Vermächtnißnehmer sein, hat den Gegenstand, falls er ihm gehört, zu übertragen, falls er einem Dritten gehört, zu verschaffen. Beide Fälle sind zusammengefaßt in dem Ausdrucke „zu verschaffen“.

Möglicherweise ist aber dennoch der Wille des Erblassers ein anderer gewesen. Diese Möglichkeit sieht der Schluß vor in den Worten „es sei denn, daß der Wille des Erblassers, dem Bedachten eine andere Leistung zuzuwenden,

erhellt". Damit wird insbesondere auch der Fall getroffen, in welchem der Erblasser, weil er eine fremde Sache, welche sich in seiner Inhabung befand, vermachte, dem Bedachten nur die Vortheile zuwenden wollte, welche das thatsächliche Haben mit sich bringt. Hiermit wird der Gedanke deutlicher zum Ausdrucke gelangen, als durch eine Fassung, die Verschaffungspflicht sei im Zweifel anzunehmen.

Unmöglichkeit der Verschaffung rc.

Die Verschaffungspflicht muß jedoch eine Beschränkung erleiden. Für den Fall ist vorzusehen, daß eine Verschaffung nicht möglich ist oder daß sie mit unverhältnißmäßigen Kosten verbunden sein würde. Fast alle geltenden Rechte sehen diesen Fall vor[1]). Der Entwurf bestimmt, der Beschwerte soll nur verpflichtet sein, den Werth des Gegenstandes nach Maßgabe des § 220 zu zahlen. Das geltende Recht bestimmt den zu ersetzenden Werth verschieden. Der Entwurf folgt dem preuß. A. L. R. I, 12 § 378 in der Erwägung, daß nach dem anzunehmenden Willen des Erblassers der Bedachte in diejenige Lage versetzt werden soll, in welcher er sich befinden würde, wenn ihm der Gegenstand wirklich verschafft worden wäre. In Ansehung des für die Bemessung des Werthes maßgebenden Zeitpunktes bedarf es einer besonderen Entscheidung nicht; die Vorschrift des § 240 Abs. 2 genügt. Der Zeitpunkt des Todes des Erblassers kann schon deshalb nicht entscheidend sein, weil der Regel nach dem Beschwerten die Zeit bleiben muß, erst die Verschaffung zu versuchen.

Werth.

Späterer Erwerb rc.

Für den Fall, daß der Erblasser den Gegenstand, von welchem er wußte, daß derselbe ihm nicht gehöre, später erworben, aber wieder veräußert hat, ist eine Vorschrift entbehrlich, schon im Hinblicke auf die Seltenheit des Falles; die Vorschrift des § 1849 wird aber auch hierfür genügen.

Eine vollständige Regelung des Verschaffungsvermächtnisses ist, wie sie sich auch im geltenden Rechte nicht findet, weder beabsichtigt noch erforderlich.

§ 1850.

o) Zuwendung eines in sich bestimmten Gegenstandes.

Den Vorschriften der §§ 1848, 1849 wird die richtige Anwendung gesichert durch die Aufnahme der im § 1850 aufgestellten doppelten Vermuthung.

Die Vermuthung, der Erblasser sei stillschweigend davon ausgegangen, daß der vermachte Gegenstand ihm gehöre oder der seinige sei, rechtfertigt sich aus den Ausführungen zu den §§ 1848, 1849.

Die weitere Vermuthung, daß der Erblasser, wenn er einen ihm nicht gehörenden Gegenstand zuwendet, hiervon keine Kenntniß gehabt habe, entspricht der regelmäßigen Sachlage. Zur Entkräftung der Vermuthung verlangen einige Rechte den Nachweis, daß diese Kenntniß des Erblassers der Anordnung zu entnehmen sei[2]). Der Entwurf theilt diese Auffassung nicht.

---

[1]) Windscheid § 654 Anm. 8, 9 mit § 647 Anm. 5; bayr. L. R. III, 7 § 9; Roth § 323 Anm. 24; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 377, 378, Dernburg § 138 Anm. 15, 16, Eccius § 252 Anm. 63; sächs. G. B. § 2459; Mommsen § 399 Abs. 2; hess. Entw. Art. 137 Abs. 3.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 377, 378, Eccius § 252 Anm. 62—65, Dernburg § 138 Anm. 12; österr. G. B. §§ 662, 649; hess. Entw. Art. 137 Abs. 1.

Der Gesichtspunkt jener Rechte führt zu weit; es kann nur darauf ankommen, festzustellen, ob der Erblasser die Kenntniß gehabt oder nicht gehabt hat. Wird verlangt, daß hierüber die Anordnung Auskunft gebe, so werden zwar schwierige Beweise und Prozesse abgeschnitten, aber das materielle Recht kann auch leicht beeinträchtigt werden. Nach der von dem Entwurfe aufgestellten Vermuthung trifft die Beweislast den Bedachten. Dies ist überwiegend geltendes Recht und entspricht der zuerst bezeichneten Vermuthung. Die Ablehnung der abweichenden Auffassung besonders zum Ausdrucke zu bringen, erscheint entbehrlich.

§ 1851.

d) Zuwendung eines dem Bedachten gehörenden Gegenstandes.

Das Vermächtniß eines zur Zeit der Anordnung dem Bedachten gehörenden Gegenstandes wird für unwirksam erklärt, und zwar gleichviel, ob der Erblasser diese Bewandtniß der Sache kannte oder nicht kannte, und ob er ausdrücklich oder stillschweigend den Gegenstand als ihm gehörend bezeichnet hat. Nur eine Ausnahme wird beigefügt für den Fall, daß der Gegenstand zur Zeit des Erbfalles dem Erblasser gehört. Die Fassung beseitigt das Bedenken, daß der bezeichnete Fall schon im § 1848 mitgetroffen sei. Durch die Worte „nur wirksam" wird ausgedrückt, daß die Anwendung des § 1848 ausgeschlossen ist, wenn die Voraussetzungen der Vorschrift vorliegen.

Die Mehrzahl der geltenden Rechte steht auf dem strengeren Standpunkte, daß das Vermächtniß unwirksam ist und bleibt, falls der Gegenstand dem Bedachten zur Zeit der Errichtung der Verfügung gehört, auch dann, wenn der Gegenstand später aus den Händen des Bedachten gekommen ist[1]). Dem österr. G. B. § 661 liegt wohl eine andere Auffassung zu Grunde[2]). Nach dem § 109 müßte es unter allen Umständen bei der Unwirksamkeit verbleiben. Hiervon eine Ausnahme zu machen, falls der Gegenstand zur Zeit des Erbfalles dem Erblasser gehört, also in der Zwischenzeit von diesem an sich gebracht worden ist, rechtfertigt sich deshalb, weil anzunehmen ist, der Erblasser habe gerade durch den Erwerb und das Behalten des Gegenstandes dem Vermächtnisse die Wirksamkeit sichern wollen.

Zu bestimmen, daß, wenn der Wille des Erblassers erhellt, dem Vermächtnißnehmer solle ein anderer Vortheil als der Gegenstand selbst zugewendet werden, dieser Vortheil als zugewendet gilt (Abs. 2 Satz 1), kann entbehrlich erscheinen, da die Rechtsanwendung mit Hülfe des § 1778 zu dem gleichen Ergebnisse wohl gelangen möchte. Indessen verdient es bei der Wichtigkeit des Falles den Vorzug, auf die erforderliche Umdeutung in der bezeichneten allgemeinen Weise hinzuweisen.

Weitere Vorschriften.

Noch weitere Vorschriften zu geben, wie sie sich im geltenden Rechte finden, würde nicht ausführbar sein, ohne zur Kasuistik zu greifen. So ist

---

[1]) Vergl. Windscheid § 654 Anm. 21; Brinz § 414 Anm. 6, 7; Roth § 323 Anm. 32; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 381, 382, Eccius § 252 Anm. 62; sächs. G. B. § 2461; Mommsen § 402.

[2]) Unger § 67 Anm. 14.

insbesondere nicht ausgesprochen, daß, wenn der Erblasser Rechte an der vermachten Sache des Bedachten hat, die Befreiung von diesen Rechten als zugewendet anzusehen sei, oder daß, wenn das Eigenthum des Bedachten an der vermachten Sache der Anfechtung oder dem Rückfalle unterliegt, die Beseitigung der Anfechtbarkeit oder des Rückfalles als vermacht zu gelten habe[1]).

Nur das eine Beispiel, daß, wenn dem Erblasser zur Zeit des Erbfalles ein Anspruch auf Leistung des Gegenstandes gegen den Bedachten zusteht, dieser Anspruch als vermacht gilt[2]) (Abs. 2 Satz 2), mußte mit Rücksicht auf den § 1848 Abs. 1 aufgenommen werden, weil, wenn das Gesetz schwiege, der Fehlschluß nahe liegen würde, es solle hier ein Anderes gelten.

Gehört der Gegenstand der Zuwendung dem Bedachten zur Zeit des Erbfalles, so ist eine Leistung an ihn unmöglich. Von einigen Rechten wird das Vermächtniß dennoch für gültig erklärt, dasselbe aber dahin umgedeutet, daß der Bedachte Ersatz desjenigen fordern könne, was er für den Erwerb aufgewendet hat[3]). Indessen handelt es sich dabei um Fragen, welche unter den Gesichtspunkt der nachträglichen Unwirksamkeit fallen. Davon wird in dieser weiteren Ausdehnung noch zu den §§ 1852, 1856 die Rede sein.

Legatum debiti.

Auch in Ansehung einer dem Vermächtnißnehmer gegen den Erblasser zustehenden Forderung ist eine Vorschrift nicht aufgenommen. Sollte bestimmt werden, es stehe im richterlichen Ermessen, zu befinden, ob darin nur ein Schuldbekenntniß oder ein Anerkenntniß oder die Zuwendung anderer Vortheile zu finden sei, ferner, welche Bedeutung es habe, wenn der Erblasser dem Bedachten eine angeblich, aber in Wirklichkeit nicht geschuldete Leistung vermacht, so würde etwas Selbstverständliches vorgeschrieben. Zu einer besonderen Hinweisung auf das freie richterliche Ermessen fehlt es an jedem Anlasse. Zu einer Entscheidung könnten die in der Doktrin bestehenden Streitfragen über das legatum debiti proprii Anlaß geben und ferner der Umstand, daß sich im geltenden Rechte Auslegungsregeln finden[4]). Allein die Hauptschwierigkeit, welche sich gewöhnlich bietet, wenn der Erblasser eine einschlagende Bestimmung getroffen hat, läßt sich im Gesetze nicht lösen. Dies ist die thatsächliche Feststellung, ob überhaupt ein Vermächtniß gewollt ist. Häufig wird durch die Anordnung der Erbe nur benachrichtigt, daß eine Schuld vorhanden ist; nicht selten handelt es sich auch um die Anordnung, wie mit dem Nach-

---

[1]) Windscheid § 654 Anm. 22, 24; Brinz § 414 Anm. 9, 11; Roth § 323 Anm. 34, 35; sächs. G. B. § 2461; Mommsen § 402.

[2]) Windscheid § 654 Anm. 25; Brinz § 414 Anm. 10; sächs. G. B. § 2461; Mommsen § 402.

[3]) Windscheid § 654 Anm. 26; Roth § 323 Anm. 36; österr. G. B. § 661, Unger § 67 Anm. 15, 16; sächs. G. B. § 2462; Mommsen § 403; hess. Entw. Art. 139 Abs. 2.

[4]) Windscheid § 658; Brinz § 415 Anm. 88, 89; Roth § 324 Anm. 69 ff.; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 430—440, Dernburg § 152, Eccius § 252 Anm. 111 ff.; österr. G. B. §§ 665, 667, Unger § 72 Anm. 7; sächs. G. B. §§ 2485—2488; Mommsen §§ 426—428; hess. Entw. Art. 150, 151.

lasse verfahren werden soll. Hat der Erblasser in der That ein Vermächtniß gewollt — und dies wird nur selten vorkommen —, so mag im Zweifel die Annahme berechtigt sein, es habe der Erblasser nicht eine Verfügung besonderen Inhaltes treffen wollen. Es mag auch richtig sein, daß in der Regel wenn der Erblasser den Gegenstand der Schuld bestimmt bezeichnet hat, der Vermächtnißnehmer den bezeichneten Gegenstand fordern kann, ohne zu dem Beweise der Schuld genöthigt zu sein, ferner, daß durch die Erfüllung des Vermächtnisses die Schuld, soweit sie besteht, getilgt sein soll, und daß, wenn der Erblasser seinem Gläubiger einen Gegenstand als von ihm geschuldet vermacht hat, das Vermächtniß wirksam sein soll, es sei denn die Schuld, auf welche die Verfügung sich bezieht, nach Errichtung des Vermächtnisses getilgt worden, oder doch wenigstens, daß, wenn diese Voraussetzungen zutreffen, der Wille des Erblassers vermuthlich dahin gegangen ist, dem Bedachten eine weitere causa debendi zu Gebote zu stellen, welcher gegenüber die dem ursprünglichen Schuldverhältnisse anhaftenden Mängel und Beschränkungen nicht in Betracht kommen sollen. Ist jedoch die Sachlage eine solche, so wird dem Willen des Erblassers auch ohne eine besondere gesetzliche Vorschrift Rechnung getragen werden. Fast durchgängig erfolgt das Vermächtniß einer eigenen Schuld unter so eigenartigen Umständen, daß diese Umstände von selbst hinreichenden Anhalt bieten zur Beantwortung der Frage, ob ein Vortheil und welcher Vortheil dem Bedachten dadurch zugewendet sein soll. Auslegungsregeln solcher Art, wie sie sich im geltenden Rechte finden, können leicht, statt förderlich zu sein, nachtheilig wirken und die richterliche Würdigung beengen.

Wird die Zuwendung einer vorhandenen Schuld an den Gläubiger des Erblassers nicht geregelt, so fehlt es um so mehr an genügendem Anlasse, eine Vorschrift für den Fall aufzunehmen, daß der Erblasser eine nicht vorhandene Schuld dem angeblichen Gläubiger vermacht hat, zumal es nicht angezeigt ist, im letzteren Falle von den allgemeinen Grundsätzen über Irrthum abzuweichen oder auch nur den § 1781 für anwendbar zu erklären.

Noch spezieller sind die Vorschriften, welche die §§ 2487, 2488 des sächs. G. B. (Mommsen § 428 Abs. 1, 2) geben für den Fall, daß der Erblasser seinem Gläubiger einen seiner Schuld gleichkommenden Betrag vermacht hat, ohne zu erklären, daß er denselben schuldig sei, und für den Fall, daß der Erblasser dem Vermächtnißnehmer einen individuellen Gegenstand, welchen er ihm schuldig ist, vermacht hat. Diese eignen sich deshalb nicht zur Aufnahme.

Die Vorschriften des § 1851 auf den Fall auszudehnen, daß die vermachte Schuld eine Schuld des beschwerten Vermächtnißnehmers ist, besteht kein Anlaß.

Mit der Nichtaufnahme von Vorschriften über das legatum debiti entfällt das Bedürfniß, zu entscheiden, welche Bedeutung es hat, wenn der Erblasser nach Errichtung des Vermächtnisses der Forderung des Vermächtnißnehmers Einwendungen entgegengesetzt hat. Eine Vorschrift dieses Inhaltes ist nur erforderlich, wenn davon ausgegangen wird, das Schuldvermächtniß gebe einen neuen selbständigen Rechtsgrund, welcher das ursprüngliche Schuldverhältniß zu einem einwandsfreien erhebe.

§ 1852.

e) Begründung eines Rechtes durch Vermächtniß.

In Ansehung eines Rechtes, welches an Sachen des Erblassers oder eines Dritten oder des Beschwerten oder an eigenen Sachen des Bedachten zu begründen ist, muß das Gleiche gelten, wie für das Vermächtniß eines bereits vorhandenen Gegenstandes. Die Aufnahme des § 1852, welcher dies zum Ausdrucke bringt, ist im Interesse der Deutlichkeit rathsam (vergl. sächs. G. B. §§ 2451, 2456; Mommsen § 404, dessen Mot. S. 404, 405)[1].

§§ 1853—1856.

3. Wegfall des Vermächtnisses wegen Unmöglichkeit der Leistung.

Der Entwurf hat das Institut der Ademtion nicht aufgenommen, obschon dasselbe der überwiegenden Mehrzahl der in Deutschland geltenden Rechte zu Grunde liegt[2]) und auch im gemeinen Rechte anerkannt ist[3]). Das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 316—321 schließt seine Vorschriften denen über die Unmöglichkeit an; die Verfasser glaubten das röm. Recht wesentlich simplifizirt zu haben (vergl. Suarez, Schlußvortr. in Kamptz' Jahrb. Bd. 41 S. 83)[4]).

Maßgebend für den Entwurf ist nicht nur die Erwägung, daß sich ohne das Institut zu einem angemessenen Ergebnisse gelangen läßt, sondern vor Allem, daß die Aufnahme des Institutes bedenklich ist. Das Wesen der Ademtion besteht darin, daß die Aufhebung eines Vermächtnisses durch konkludente Handlungen des Erblassers erfolgen kann. Eine solche stillschweigende Aufhebung des Vermächtnisses zu gestatten, ist nicht wohl vereinbar mit der in den §§ 1933 ff. erfolgten Formalisirung des Widerrufes einer letztwilligen Verfügung. Zudem giebt das Institut in Ansehung der rechtlichen Natur der Ademtion und sonst Anlaß zu schwierigen Rechtsfragen, deren Lösung außerhalb des Bereiches der Möglichkeit liegt und daher zu mannigfachen Streitigkeiten führen muß. Als solche schwierige Rechtsfragen sind vorzugsweise zu erwähnen die, ob die betreffenden Handlungen des Erblassers als wirkliches Rechtsgeschäft (Widerruf) mit formlosem Willensausdrucke oder als Rechtshandlungen, denen das Gesetz durch positive Vorschrift die Wirkung eines förmlichen rechtsgeschäftlichen Widerrufes ausdrücklich beilegt, aufzufassen sind. Viele der von dem geltenden Rechte unter den Gesichtspunkt der Ademtion gestellten Handlungen sind zweifellos keine Rechtsgeschäfte (z. B. Verbrauch, Vernichtung ꝛc.). Für Rechtshandlungen, welche nicht Rechtsgeschäfte sind, hat der Entwurf besondere Normen nicht aufgestellt (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 127). Andere der in Betracht kommenden Handlungen sind Rechtsgeschäfte (z. B. Aufrechnung, Veräußerung), jedoch nur im

---

[1]) Vergl. ferner Windscheid § 656 Anm. 3; Roth § 324 Anm. 8; Eccius § 252 Anm. 75.

[2]) Code civil Art. 1038; österr. G. B. §§ 724, 725; sächs. G. B. §§ 2418—2422; Mommsen §§ 367—370; hess. Entw. Art. 185—189.

[3]) Vergl. Windscheid § 639 Nr. 3, § 640 Anm. 5; Brinz § 429 Anm. 20 ff.; Roth § 338 Anm. 76 ff.; Unger § 61 Anm. 6.

[4]) Vergl. Eccius § 252 S. 461, 462, Dernburg § 142 letzter Absatz.

Verhältnisse zwischen dem Erblasser und Dritten; sie werden jedoch nicht in der Richtung auf das Vermächtniß und den Vermächtnißnehmer vorgenommen; das Gesetz knüpft an den thatsächlichen Inhalt des Rechtsgeschäftes Folgen gegenüber dem Vermächtnißnehmer. Diese Folgen müssen dann darauf gegründet werden, daß der Handelnde vernünftigerweise das Geschäft nur unter der Voraussetzung vornehmen konnte, daß eine mittelbare Folge desselben der Wegfall des Vermächtnisses sein werde. Eine weitere Schwierigkeit ergiebt sich daraus, daß von dem geltenden Rechte (insbesondere von dem gemeinen Rechte) stets mit dem Willen des Erblassers, welcher den Fortbestand des Vermächtnisses beeinflußt, gerechnet wird, daß also durchweg eine solche Handlung erfordert wird, aus welcher erhellt, daß der Erblasser nicht bei der Handlung einen anderen Willen hat erkennen lassen, als den einer Willensänderung in Beziehung auf das Vermächtniß.

§ 1853.

a) Unmögliche ꝛc. Leistungen.

Eine Entscheidung für den Fall, daß durch Vermächtniß eine Leistung zugewendet ist, welche zur Zeit des Erbfalles unmöglich oder durch Gesetz verboten ist oder welche gegen die guten Sitten verstößt, kann gegenüber den Vorschriften der §§ 105, 106 entbehrlich erscheinen. Allein, wie in Ansehung der Verträge der Fall besonders geregelt ist, in welchem die Leistung unmöglich oder verboten ist oder gegen die guten Sitten verstößt (§ 344), und diese Vorschrift auf einseitige Rechtsgeschäfte unter Lebenden im § 343 für anwendbar erklärt ist, so muß auch in Ansehung der Vermächtnisse hierfür besonders vorgesehen werden (Satz 1). Daneben bleibt selbstverständlich der § 106 zu beachten. In Ansehung der Vermächtnisse bedarf es überdies einer Festsetzung des Zeitpunktes, nach welchem sich bestimmt, ob die Leistung unmöglich oder verboten ist oder gegen die guten Sitten verstößt.

Entscheidender Zeitpunkt.

Der Entwurf läßt, entsprechend seinen Vorschriften in Ansehung der Verträge (vergl. § 344 verbunden mit den §§ 346, 347), für die Frage, ob eine durch Vermächtniß angeordnete Leistung gegen die guten Sitten verstößt, lediglich die Zeit der Errichtung der Vermächtnißverfügung entscheiden. Die Zeitbestimmung des § 1853 bezieht sich nur auf die beiden anderen Fälle.

In Ansehung der Unmöglichkeit und Verbotwidrigkeit einer vermachten Leistung entscheidet dagegen die Zeit des Erbfalles, abweichend von dem röm. Rechte, für welches die Katonianische Regel dazu nöthigt, den Zeitpunkt der Errichtung maßgebend sein zu lassen[1]).

Zumeist fallen der Zeitpunkt des Erbfalles und der des Anfalles zusammen; nur in einigen Fällen (§ 1867 Abs. 2) tritt der Anfall später ein. In Ansehung der aufschiebend bedingten Vermächtnisse (§ 1867 Abs. 2 Nr. 1) hat schon das röm. Recht, entgegen seiner Regel, auf den Zeitpunkt des Erbfalles

---

[1]) Windscheid § 638 bei Anm. 3; Roth § 338 Anm. 3; — andererseits für das preuß. A. L. R. Dernburg § 142 Abs. 3 und für das österr. G. B. Unger § 60 Anm.

Gewicht gelegt[1]). Für die übrigen seltenen Fälle, in welchen Erbfall und Anfall nicht zusammenfallen (§ 1867 Abs. 2 Nr. 2, 3), ist es angemessener, gleichfalls den Zeitpunkt des Erbfalles für maßgebend zu erklären. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um eine durch das Gesetz verbotene Leistung handelt. Der Beschwerte kann, von dem bedingten Vermächtnisse abgesehen, billigerweise nicht auf eine ungewisse Zukunft lediglich deshalb gebunden werden, weil das Verbot vielleicht einmal aufgehoben werden könnte. Aehnlich verhält es sich mit der unmöglichen Leistung. In Ansehung der letzteren tritt hinzu, daß es sehr wohl vorkommen kann, daß eine an sich mögliche Leistung in der Zeit zwischen dem Erbfalle und dem Anfalle durch einen Umstand unmöglich wird, welcher einen Ersatzanspruch begründet; diesen Ersatzanspruch dem Vermächtnißnehmer vorzuenthalten, liegt kein Anlaß vor.

Indem der letzte Satz des § 1853 für den Fall der Verbotwidrigkeit oder Unmöglichkeit der Leistung auf den § 346 verweist, ergiebt sich, daß der Erblasser anordnen kann, der Beschwerte habe zu leisten, wenn die Leistung nach dem Erbfalle erlaubt oder möglich werden sollte. Fehlt eine solche Anordnung, so ist das Vermächtniß unwirksam, falls die Leistung zur Zeit des Erbfalles unmöglich oder unerlaubt ist. Anders ist es bei dem aufschiebend bedingten Vermächtnisse; das Vermächtniß ist wirksam, wenn die zur Zeit des Erbfalles unmögliche oder durch das Gesetz verbotene Leistung zur Zeit der Erfüllung möglich oder erlaubt ist.

Untergang des Gegenstandes.

Weitere Vorschriften über den Untergang des Vermächtnißgegenstandes, wie sie sich im geltenden Rechte finden, sind entbehrlich. Insbesondere ist eine Vorschrift nicht erforderlich, daß das Vermächtniß unwirksam sei, wenn der Vermächtnißgegenstand in der Zeit von der Errichtung des Vermächtnisses bis zum Eintritte des Erbfalles untergegangen ist[2]). In Ansehung der aufschiebend bedingten und der im Sinne des § 141 betagten Vermächtnisse würde für die Zeit von dem Eintritte des Erbfalles bis zum Anfalle des Vermächtnisses, d. h. bis zum Eintritte der Bedingung oder des Termines, eine solche Vorschrift nicht richtig sein. In einem solchen Falle finden die §§ 134, 141 Anwendung. Das Vermächtniß ist nicht schlechthin unwirksam, sondern der Beschwerte wird nur frei, wenn die Unmöglichkeit durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand herbeigeführt worden ist (§ 237, Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 45). — Geht der vermachte Gegenstand in der Zeit nach dem Eintritte des Erbfalles, also nachdem das Vermächtniß angefallen ist, vor der Leistung unter, so entscheiden, da der Entwurf nur das schwachwirkende Vermächtniß kennt, die allgemeinen Grundsätze des Rechtes der Schuldverhältnisse.

Surrogation in Ansehung des Ersatzes ꝛc.

Allgemein zu bestimmen, daß, wenn der vermachte Gegenstand untergegangen, aber dafür ein Ersatz oder ein Ersatzanspruch erlangt worden ist, der

[1]) Windscheid § 638 Anm. 5; Roth § 338 Anm. 4.

[2]) Windscheid § 639 Nr. 4, 5; Brinz § 429 Anm. 18; Roth § 338 Anm. 19, § 324 Anm. 40; preuß. A. L. R. I, 12 § 315 („gar nicht mehr vorhanden“), dazu Dernburg § 142 a. E., Eccius § 252 S. 460; code civil Art. 1042 Abs. 1; sächs. G. B. §§ 2420, 2421; Mommsen § 368 Abs. 1; hess. Entw. Art. 187; Unger § 61.

Ersatz oder der Ersatzanspruch an die Stelle des Gegenstandes trete, erscheint nicht zulässig.

Eine solche Vorschrift würde nur für den Fall des Unterganges des Gegenstandes vor dem Eintritte des Erbfalles hierher gehören. In dieser Beschränkung aber wäre sie nicht gerechtfertigt. Zwar ist eine ähnliche Vorschrift für Schuldverhältnisse in den § 238 aufgenommen. Dort aber beruht sie auf der Grundlage einer zur Zeit des Unterganges des Gegenstandes bereits bestehenden Verpflichtung und auf der berechtigten Annahme, der Verpflichtungswille sei hierauf gerichtet gewesen. Bei dem Vermächtnisse ist die Annahme, der Erblasser habe für den Fall des Unterganges des Gegenstandes den etwa an die Stelle des Gegenstandes tretenden Ersatz oder Ersatzanspruch dem Vermächtnißnehmer zuwenden wollen, nicht in gleicher Weise berechtigt. Ueberdies würde dann die Folgerichtigkeit gebieten, im Falle der Beschädigung des Vermächtnißgegenstandes den hieraus sich ergebenden Ersatzanspruch ebenfalls als mit dem Gegenstande vermacht zu behandeln. Diese Folge würde für die meisten Fälle dem Willen des Erblassers entgegen sein. Das bestehende Recht lehnt es daher mit gutem Grunde ab, eine solche Surrogation als Regel aufzustellen. Soweit eine Forderung des Erblassers Gegenstand des Vermächtnisses ist, bestimmt der § 1855.

In Ansehung der Zeit zwischen dem Erbfalle und dem Anfalle ist, wenn beide auseinanderfallen, der § 1867 Abs. 3 zu vergleichen. Dort ist durch Verweisung auf den § 238 in Ansehung der Surrogation Fürsorge getroffen.

Verbrauch. Vernichtung.

Mit einigen geltenden Rechten[1]) auszusprechen, daß das Vermächtniß unwirksam ist, wenn der vermachte Gegenstand von dem Erblasser verbraucht oder vernichtet wurde, ist entbehrlich. Entsprechend der Auffassung des Entwurfes würde dies dahin auszudrücken sein, in einem solchen Falle gelte die Leistung insbesondere als unmöglich geworden. Eine solche Vorschrift hätte nur die Bedeutung einer Exemplifikation.

§ 1854.

b) Verbindung, Vermischung rc.

Hat eine Verbindung, Vermischung, Verarbeitung oder Umbildung solcher Art stattgefunden, daß in Folge derselben nach Maßgabe der §§ 890—894 das Eigenthum untergehen oder auf einen Anderen übergehen kann, so soll die vermachte Sache als untergegangen gelten.

Das geltende Recht enthält zumeist Vorschriften nur über die Spezifikation, welche indessen keineswegs durchweg klar und erschöpfend sind[2]).

Wird auf den vermuthlichen Willen des Erblassers gesehen, so erscheint es angemessen, die Spezifikation dem Untergange gleichzustellen. Erfolgte die

---

[1]) Bayr. L. R. III, 6 § 21 (Destruktion); Roth § 338 Anm. 78; sächs. G. B. § 2419.

[2]) Windscheid § 654 Anm. 3; bayr. L. R. III, 6 § 21; Roth § 338 Anm. 79, 80; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 317—321, Dernburg § 141 zu c, Eccius § 252 S. 461, 462; österr. G. B. §§ 724, 725, Unger § 67 Anm. 6, 7; sächs. G. B. § 2419; Mommsen § 368 Abs. 1; hess. Entw. Art. 186.

Spezifikation durch einen Dritten, so ergiebt sich dies bereits daraus, daß ein Verlust des Eigenthumes ohne den Willen des Erblassers stattgefunden hat (vergl. S. 155). Nimmt der Erblasser selbst eine Spezifikation vor, so muß, entsprechend den §§ 893, 894, das Gleiche gelten, wenn die Verarbeitung oder Umbildung eine solche ist, daß dadurch das Eigenthum auf einen Anderen übergehen oder das Eigenthum des Erblassers erlöschen kann. Nimmt hingegen der Erblasser lediglich Aenderungen an der Sache vor, ohne daß diese dadurch eine andere wird, so ist dies unerheblich[1]).

In Gemäßheit der §§ 890—892 muß ferner die Sache als untergegangen gelten, wenn eine Verbindung, Vermischung oder Vermengung vorliegt, welche einen solchen Erfolg haben kann. Zu treffen sind auch die eigenen Handlungen des Erblassers, obschon dieser bereits Eigenthümer ist und nicht erst auf Grund des Vorganges Eigenthum erwirbt (vergl. § 896).

Rückverwandlung.

Mit dem bayr. L. R. III, 6 § 21 und in Anlehnung an den in mehreren Rechten erwähnten Wiedererwerb der veräußerten Sache[2]) die Rückverwandlung der spezifizirten Sache zu regeln und etwa vorzuschreiben, das Vermächtniß sei wirksam, wenn die umgewandelte Sache in den vorigen Stand zurückgebracht sei, würde sich nicht rechtfertigen lassen. Nur in sehr seltenen Fällen wird mit Grund anzunehmen sein, die ursprüngliche Sache sei wiederhergestellt. Fast immer wird eine neue Sache vorliegen, auch wenn die frühere Masse wiederhergestellt ist. Von den Umständen des Falles hängt es ab, ob sich annehmen läßt, der Erblasser habe die Zuwendung auch dann gewollt, wenn etwas Derartiges sich inzwischen zugetragen haben sollte.

§ 1855.

c) Unmöglichkeit bei vermachter Forderung.

Für den Fall, daß eine Forderung des Erblassers Gegenstand des Vermächtnisses ist, ist eine Ausnahme von der Regel des § 1853 geboten. Nach dem § 1853 würde auch dann, wenn eine vermachte Forderung des Erblassers zur Zeit des Erbfalles von dem Schuldner durch Leistung erfüllt oder sonst deren Erlöschen herbeigeführt ist und, selbst wenn die Forderung ohne das Zuthun des Erblassers erloschen ist, eine zu dieser Zeit unmögliche Leistung vorliegen und demgemäß das Vermächtniß nichtig geworden sein. Diese Folge bedarf einer Einschränkung für den Fall, daß zur Zeit des Erbfalles die der Forderung entsprechende Verpflichtung durch Leistung erfüllt ist. Die aufgestellte Auslegungsregel, es sei im Zweifel anzunehmen, der Bedachte solle den geleisteten Gegenstand erhalten, wenn derselbe in dem Nachlasse noch in Natur vorhanden ist, erscheint deshalb gerechtfertigt, weil der Erblasser,

---

[1]) Vergl. Unger § 67 Anm. 7.

[2]) Windscheid § 654 Anm. 13 a. E.; jedoch besteht Meinungsverschiedenheit, Roth § 338 Anm. 18; Unger § 67 Anm. 5; preuß. A. L. R. I, 12 § 316, Eccius § 252 Anm. 48; österr. G. B. § 724; hess. Entw. Art. 185.

welcher eine ihm zustehende Forderung vermacht, zumeist bezweckt, dem Bedachten den Gegenstand zuzuwenden, auf dessen Leistung die Forderung gerichtet ist. Das Vermächtniß bildet für ihn, da der Gegenstand selbst noch nicht bereit liegt, nur Mittel zum Zwecke. Im Zweifel ist daher anzunehmen, der Wille des Erblassers bei Anordnung des Vermächtnisses sei dahin gegangen, daß der Gegenstand der Forderung zugewendet sein solle, wenn bis zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles dieser Gegenstand in Folge der Erfüllung seitens des Verpflichteten in sein Vermögen übergehen werde. Dafür sprechen ähnliche Gründe, wie für die Vorschriften des § 1848, welche den Fall betreffen, daß dem Erblasser nicht die vermachte Sache gehört, ihm dagegen ein Anspruch auf Leistung des Gegenstandes zusteht. Nothwendige Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Auslegungsregel ist jedoch, daß der Gegenstand zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles im Nachlasse sich noch in Natur vorfindet. Hat der Erblasser über den eingezogenen Gegenstand selbst wieder anderweit verfügt, so könnte nur die etwaige Bereicherung als zugewendet angesehen werden. Nun ist es zwar möglich, unter Umständen anzunehmen, daß der Wille des Erblassers so weit gegangen sei; aber ein solcher Wille muß jedenfalls besonders dargethan werden.

Forderung auf Leistung vertretbarer Sachen.

Die Auslegungsregel umfaßt auch die Forderung auf Leistung vertretbarer Sachen. Die Regel auf den Fall zu beschränken, daß es sich um die Leistung nicht vertretbarer Sachen handelt, liegt kein genügender Anlaß vor. Allerdings wird bei vertretbaren Sachen, insbesondere bei Geld, als dem allgemeinen Werth-Repräsentanten, nicht oft der Gegenstand der Leistung noch in Natur im Nachlasse sich vorfinden. Trifft aber diese Voraussetzung zu, so muß, auf den Willen des Erblassers gesehen, das Gleiche gelten, wie bei nicht vertretbaren Sachen. Diesen Standpunkt nimmt in Ansehung einer vereinnahmten Geldschuld bereits das preuß. A. L. R. I, 12 § 412 ein (vergl. Entsch. d. R. G. Bd. 16 S. 243)[1].

Ist eine Forderung des beschwerten Erben oder Vermächtnißnehmers oder eines Dritten vermacht, so liegt ein Verschaffungsvermächtniß vor. In Ansehung desselben von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen, besteht kein Anlaß.

§ 1856.

d) Aufrechnung mit der vermachten Forderung.

In einem gewissen Zusammenhange steht mit dem § 1853 die Frage, wie es sich verhält, wenn der Schuldner der durch Vermächtniß zugewendeten Forderung des Erblassers nach dem Erbfalle das Erlöschen der Forderung bewirkt durch Aufrechnung mit einer ihm gegen den Nachlaß zustehenden Forderung.

---

[1]) Vergl. im Uebrigen Windscheid § 657 Anm. 5—7; preuß. A. L. R. I, 12 § 410, Dernburg § 150 Anm. 13, Eccius § 252 Anm. 86; Unger § 72 Anm. 2; Mommsen § 369 Abs. 1 (dessen Mot. S. 380—383). — Das sächs. G. B. § 2421 und der hess. Entw. Art. 188 beschränken sich darauf, die Unwirksamkeit des Vermächtnisses für den Fall auszusprechen, daß die Forderung bei Lebzeiten des Erblassers getilgt wurde.

Ist der Aufrechnungswille vor dem Erbfalle von dem Erblasser oder von dessen Schuldner erklärt, so liegt ein Fall der Unmöglichkeit vor; denn der vermachte Gegenstand ist vor dem Erbfalle untergegangen.

Bestimmt wird lediglich für den Fall, daß der Schuldner das Erlöschen der Forderung nach dem Erbfalle durch Aufrechnung mit einer ihm gegen den Nachlaß zustehenden Forderung bewirkt. Solange die vermachte Forderung an den Bedachten nicht abgetreten ist, kann der Schuldner gegenüber dem Erben, nach der Abtretung kann er gegenüber dem Bedachten aufrechnen. In beiden Fällen entspricht es, sofern nicht der Vermächtnißnehmer mit der Tilgung der Gegenforderung belastet ist, nicht dem anzunehmenden Willen des Erblassers, daß das Vermächtniß durch die Aufrechnung geschmälert wird. Der beschwerte Erbe soll den Vermächtnißnehmer insoweit entschädigen, als er bereichert worden ist. Die Vorschrift kann deshalb entbehrlich erscheinen, weil das Ergebniß, daß der Erbe verpflichtet sei, den Bedachten schadlos zu halten, schon aus allgemeinen Grundsätzen sich ableiten lasse. Erfolge die Aufrechnung noch gegenüber dem Erben, so gehe damit zwar die vermachte Forderung unter, aber nach dem Grundsatze des § 238 müsse der Erbe dem Bedachten dasjenige ersetzen, was er durch die Aufrechnung gewonnen habe. Erfolge die Aufrechnung gegenüber dem Bedachten nach Abtretung der Forderung an ihn, so scheide die Forderung aus dem Vermögen des Bedachten ohne dessen Willen aus; die Wirkung dieses Ausscheidens sei jedoch, daß der Erbe, welcher die Forderung, mit welcher aufgerechnet ist, nicht mehr zu erfüllen habe, bereichert werde; daher finde der § 748 Anwendung. Allein es verdient den Vorzug, besonders auszusprechen, daß der Erbe verpflichtet ist, den Bedachten so zu stellen, wie wenn nicht aufgerechnet worden wäre. Denn einmal schlägt der § 238 nach seiner Fassung nicht unmittelbar ein. Dann aber könnte daraus, daß den Erben eine Gewährleistungspflicht in Ansehung der vermachten Forderung an sich nicht trifft (§ 300), leicht die unzutreffende Folgerung gezogen werden, die bezeichneten Grundsätze seien hier nicht in Anwendung zu bringen. Daher ist die Aufnahme der Vorschrift rathsam, obschon bei der Uebertragung der Forderung und sonst davon abgesehen ist, die Anwendbarkeit des § 748 durch besondere Entscheidung festzustellen. Die Fassung „insoweit zu entschädigen, als bereichert worden ist" ist unbedenklich; denn die Bereicherung des Erben kann deshalb nicht wieder wegfallen, weil der Erbe in Ansehung der aufgerechneten Forderung befreit ist.

Eine Entscheidung ist dagegen nicht erforderlich für den Fall, daß der Schuldner mit einer ihm gegen den Erben zustehenden Forderung gegenüber dem Erben oder dem Bedachten aufgerechnet hat, da kein Zweifel obwalten kann, daß der Erbe in einem solchen Falle den Vermächtnißnehmer schadlos zu halten hat.

Ebenso ist eine Vorschrift entbehrlich über die Aufrechnung in der Zeit bis zum Eintritte des Erbfalles. Nach den §§ 281—283 können Gegenforderungen, welche der Schuldner nach Errichtung des Vermächtnisses wider den Erblasser erworben hat, den Bestand des Vermächtnisses nur berühren, falls der Erblasser sich bereits mit dem Schuldner berechnet

hat, mag die Gegenforderung zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses bereits bestanden haben oder erst später zur Entstehung gelangt sein[1]).

Noch weniger bedarf es einer Vorschrift für den Fall der Aufrechnung seitens des Schuldners gegenüber dem Erblasser. Erklärt der Schuldner dem Erblasser den Aufrechnungswillen, so geht mit dieser Erklärung die vermachte Forderung bis zu dem aufgerechneten Betrage unter. In Frage kann nur kommen, ob der Erblasser das Vermächtniß auch für diesen Fall in Ansehung der Bereicherung hat aufrecht erhalten wollen. Das aber ist eine Auslegungsfrage; Regeln zur Entscheidung derselben sind nicht angezeigt.

Aufrechnung seitens des Erben.

Ist der Erbfall eingetreten, so darf der Erbe seinerseits die vermachte Forderung, obschon dieselbe zunächst auf ihn übergeht, gegen eine Gegenforderung des Schuldners an den Erblasser nicht zur Aufrechnung verwenden, da er gegenüber dem Vermächtnißnehmer verpflichtet ist, diese Forderung zu übertragen. Thut er es gleichwohl, so verletzt er die ihm von dem Erblasser auferlegte Verpflichtung und haftet dem Vermächtnißnehmer für Schadensersatz[2]).

Forderung des Beschwerten rc.

Die Vorschrift berührt ferner den Fall nicht, daß eine Forderung des beschwerten Erben oder Vermächtnißnehmers oder eines Dritten vermacht ist, und zwar aus denselben Gründen, aus welchen dieser Fälle im § 1855 nicht gedacht ist[3]).

Der Fall, daß der Erblasser eine Forderung vermachte und auf eine bestimmte Forderung lediglich als Deckungsmittel für die vermachte Leistung verwies[4]), eignet sich nicht zur Aufnahme einer gesetzlichen Auslegungsregel; die Umstände des Falles müssen entscheiden.

Vorerwerb seitens des Bedachten.

Im geltenden Rechte finden sich Vorschriften für den Fall, daß der Bedachte den Vermächtnißgegenstand in der Zeit zwischen der Errichtung der Anordnung und dem Anfalle erworben hat[5]).

Der Entwurf hat keine Vorschriften für den Fall des Vorerwerbes des Vermächtnißgegenstandes seitens des Bedachten aufgenommen.

An sich unterliegt es keinem Zweifel, daß, sofern der Gegenstand des Vermächtnisses dem Erblasser zur Zeit der Errichtung gehört hat, das Ver-

---

[1]) Vergl. für das preuß. A. L. R. Dernburg § 150 Anm. 11, Eccius § 252 Anm. 88.

[2]) Anderer Meinung ist in Ansehung des preuß. A. L. R. Eccius § 252 Anm. 89, aber diese Ansicht gründet sich auf die Auffassung des A. L. R. von der Aufrechnung; hiergegen Dernburg § 150 Anm. 11.

[3]) Wegen des Falles des preuß. A. L. R. I, 12 § 411, dem Mommsen § 369 Abs. 2 sich anschließt, vergl. Dernburg § 150 Anm. 11, Eccius § 252 Anm. 90; vergl. ferner § 282 des Entwurfes.

[4]) Windscheid § 654 Anm. 4; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 416—418, Dernburg § 150 a. E., Eccius § 252 Anm. 90, 91; hess. Entw. Art. 153; Mommsen's Mot. S. 383.

[5]) Windscheid § 639 Anm. 5; Brinz § 429 Anm. 18; bayr. L. R. III, 6 § 16; Roth § 323 Anm. 30, § 338 Anm. 14; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 323, 324, 379, 380, Dernburg § 141 Anm. 7, 8, § 170 Anm. 7, Eccius § 252 Anm. 60, 64, 65; sächs. G. B. § 2462; österr. G. B. § 661, Unger § 67 Anm. 15, 16; Mommsen § 403; hess. Entw. Art. 139.

mächtniß wegen Unmöglichkeit der Leistung unwirksam ist, wenn der Bedachte den Gegenstand schon hat. Es kann sich nur fragen, ob der Wille des Erblassers bei Anordnung des Vermächtnisses dahin gegangen ist, daß, falls er den Gegenstand bei Lebzeiten an den Bedachten veräußern und damit die Unwirksamkeit des Vermächtnisses herbeiführen werde, dasjenige als vermacht zu gelten habe, was er als Gegenleistung von dem Bedachten erhalten werde. Ein solcher Wille kann indessen nicht ohne weiteren Anhalt angenommen werden: Jedenfalls können die Fälle so verschiedenartig liegen, daß es nicht möglich ist, eine für alle Fälle zutreffende Auslegungsregel zu geben. — Hat der Erblasser einen ihm nicht gehörenden Gegenstand dem Bedachten vermacht, ohne zu wissen, daß der Gegenstand ihm nicht gehört, so ist nach dem § 1848, abgesehen von Ausnahmen, die hier nicht in Betracht kommen, das Vermächtniß an sich unwirksam. Hat aber der Erblasser bei der Anordnung des Vermächtnisses Kenntniß davon gehabt, daß der vermachte Gegenstand ihm nicht gehöre, so ist das Vermächtniß an sich wirksam, aber der Wille des Erblassers, daß der Beschwerte dem Bedachten den Gegenstand verschaffen solle, ist nicht mehr ausführbar, wenn der Bedachte zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles den Gegenstand bereits hat. In diesem Falle liegt freilich die Annahme nahe, der Erblasser habe gewollt, nicht allein, daß der Bedachte den Gegenstand erhalte, sondern auch, daß er ihn unentgeltlich erhalte. Der Vermächtnißanordnung wird sich alsdann zugleich der Inhalt entnehmen lassen, der Beschwerte solle dem Bedachten, wenn derselbe etwas für die Erlangung aufgewendet habe, das Aufgewendete ersetzen. Für diesen Fall bedarf es keiner Auslegungsregel. Die Auslegung wird zu dem Ergebnisse gelangen, wenn die Umstände danach angethan sind, ohne eines Hinweises darauf zu bedürfen.

Concursus causarum lucrativarum.

Für den Fall des unentgeltlichen Erwerbes seitens des Bedachten den Gesichtspunkt des concursus causarum lucrativarum zum Ausgangspunkte zu nehmen, ist weder erforderlich noch räthlich. Der Entwurf hat den concursus causarum lucrativarum nirgends als Grund des Erlöschens von Rechten behandelt (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 273; Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 80); ihm hier die Bedeutung als Grund des Erlöschens des Vermächtnisses einzuräumen, würde um so weniger angemessen sein, als diese Auffassung dazu nöthigen würde, auch den Erwerb nach dem Anfalle, aber vor der Erfüllung des Vermächtnisses ebenso zu behandeln.

§ 1857.

4. Vermachte Erbschaft.

In Uebereinstimmung mit dem Gedanken, auf welchem der § 349 beruht, wird das Vermächtniß der Erbschaft eines zur Zeit des Erbfalles noch nicht verstorbenen Dritten oder des Bruchtheiles einer solchen Erbschaft für nichtig erklärt. Der Grund der Vorschrift ist, daß es sich um ein höchstpersönliches, auf Andere nicht übertragbares Hoffnungsrecht handelt. Die Fassung läßt erkennen, daß nicht unterschieden wird ob die Erbschaft dem Verfügenden, dem Beschwerten, dem Bedachten oder einem Anderen von einem Dritten in Aussicht steht. Die allgemeine Vorschrift ist erforderlich, um den Schluß abzuwehren, welcher nahe liegt, wenn nur von einer dem Verfügenden

in Aussicht stehenden Erbschaft die Rede wäre, daß ein Vermächtniß der einem Anderen als dem Verfügenden in Aussicht stehenden Erbschaft so weit zulässig sei, als nach den Vorschriften der §§ 1848 ff. eine Verfügung über fremdes Gut im Wege des Vermächtnisses gestattet ist.

Der Entwurf trifft nicht den Fall, in welchem der Erblasser über seine Erbschaft, d. i. die durch seinen Tod eröffnete Erbschaft, durch Vermächtniß verfügt hat („Erbschaft eines Dritten"). Nicht ausgesprochen ist, daß das Vermächtniß wirksam ist, wenn der bezeichnete Nichtigkeitsfall nicht vorliegt. War der Erblasser nicht der Anfallberechtigte, so bleibt im einzelnen Falle zu prüfen, ob nicht dennoch das Vermächtniß nach Maßgabe der Vorschriften über die Zuwendung von Gegenständen, welche dem Erblasser nicht gehören, unwirksam ist (§§ 1848 ff.).

§ 1858.

Wirksames Vermächtniß einer Erbschaft.

Den Fall, daß das Vermächtniß der Erbschaft eines Dritten oder des Bruchtheiles einer solchen Erbschaft wirksam ist, regelt der § 1858, indem er die Vorschriften der §§ 488—491, 494—499 über den Erbschaftskauf für entsprechend anwendbar erklärt, jedoch eine Modifikation beifügt in Ansehung der vor dem Tode des Verfügenden gezogenen Früchte und der vor diesem Zeitpunkte verbrauchten oder unentgeltlich veräußerten Erbschaftsgegenstände. Diese Früchte sollen nicht ausgeliefert, die bezeichneten Erbschaftsgegenstände nicht ersetzt werden.

Die Vorschrift stimmt im Wesentlichen überein mit einer Mehrzahl von Rechten[1]; für das preuß. A. L. R. fehlt es jedenfalls an ausdrücklichen Vorschriften[2]. Der Entwurf redet nicht allein von der dem Verfügenden oder von der dem Bedachten oder dem Beschwerten (sächs. G. B., Mommsen) angefallenen Erbschaft, sondern trifft alle Fälle, in welchen das Vermächtniß wirksam ist.

Dies erscheint geboten, nachdem auch der § 1857 eine allgemeine Tragweite erhalten hat, um die unzutreffende Folgerung auszuschließen, als solle für die allerdings seltenen Fälle, welche durch die beschränktere Fassung nicht einbezogen sein würden, ein Anderes gelten. Demzufolge ist das Ergebniß, daß der Beschwerte, wenn eine ihm angefallene Erbschaft in Frage steht, diese, wenn es sich um die einem Anderen angefallene Erbschaft handelt, die letztere, nachdem er sie an sich gebracht hat, dem Bedachten zu überlassen hat und auf die Ueberlassung die Vorschriften über den Erbschaftskauf, jedoch mit Ausschluß der §§ 492, 493, welche sich auf die Gewährleistung beziehen, zur entsprechenden Anwendung zu bringen sind. Ist eine dem Bedachten selbst angefallene Erbschaft Gegenstand des Vermächtnisses und das Vermächtniß nach dem § 1851 Abs. 2 in dem Sinne umzudeuten, daß ein anderer Vortheil als der Gegenstand des Vermächtnisses selbst als zugewendet gilt, so steht in Wirklichkeit

[1] Windscheid § 659 Anm. 1; Roth § 325 Anm. 3—5; Unger § 73 Anm. 2; sächs. G. B. § 2499; Mommsen § 433.

[2] Vergl. Dernburg § 128 Anm. 8.

nicht eine vermachte angefallene Erbschaft in Frage und trifft deshalb die Voraussetzung der Vorschrift nicht zu.

Der § 491 ist durch die Schlußvorschrift modifizirt; es kann daher kein Bedenken dagegen obwalten, daß auch diese Vorschrift für entsprechend anwendbar erklärt wird.

§§ 1859—1861.

Ueber den Umfang des Vermächtnisses enthalten die §§ 1859—1861 einige weitere Vorschriften.

6. Umfang.

§ 1859.

a) In sich bestimmte Sache, Inbegriff.

Ist eine individuell bestimmte Sache vermacht, so ist davon auszugehen, daß sie so zugewendet sei, wie sie zur Zeit des Erbfalles ist, nicht wie sie zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses war (Abs. 1). Es wird also nicht gesehen auf Aenderungen, welche sich in der Zeit nach der Anordnung bis zum Erbfalle zugetragen haben, mögen sie in Verbesserungen oder in Verschlechterungen und Verringerungen bestehen[1]).

Zustand.

Die Vorschrift lehnt sich in Ansehung der Worte „vorhandenen Zustande" an den § 1007 an; sie trifft damit zugleich den „Zuwachs", welcher inzwischen hinzugetreten ist[2]); dieser Zuwachs ist zur Zeit des Erbfalles bereits Bestandtheil der Sache geworden (vergl. §§ 782 ff.). Wenn der § 478 neben dem Zustande des „Zuwachses" gedenkt, so beruht dies darauf, daß dort der seit dem Abschlusse des früheren Kaufes hinzugetretene Zuwachs einzubeziehen war. Neben dem auf das Thatsächliche hinweisenden Zustande wird, im Anschlusse an den § 1067 Nr. 1, der „Bestand" erwähnt. Dieser Ausdruck macht erkennbar, daß ohne weiteren Anhalt diejenigen Sachen nicht als mitvermacht gelten können, welche zwar thatsächlich mit der Sache als Bestandtheile verbunden sind, aber gemäß dem § 785 rechtlich als Bestandtheile nicht angesehen werden.

Zubehör.

Besonders erwähnt ist das zu jener Zeit vorhandene „Zubehör", weil der § 790 sich auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden beschränkt. Bei dem Rechtsgeschäfte unter Lebenden ist ausschließlich auf das Zubehör zur Zeit der Schließung des Rechtsgeschäftes zu sehen (Motive zum Sachenrechte S. 65). Bei dem Vermächtnisse hingegen muß nach dem anzunehmenden Willen des Erblassers das Zubehör als mitvermacht gelten, welches zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles vorhanden ist[3]).

---

[1]) Windscheid § 654 Anm. 2; Roth § 323 Anm. 4, 5 und dessen Zitate; preuß. A. L. R. I, 12 § 405; code civil Art. 1018; sächs. G. B. § 2451; Mommsen § 394; Unger § 67 Anm. f.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 12 § 405; sächs. G. B. § 2451; österr. G. B. § 686; Mommsen § 394 Abs. 1; hess. Entw. Art. 298; Unger § 67 Anm. b.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 405, 406, Dernburg § 139 Anm. 6, Eccius § 252 Anm. 50; code civil Art. 1018; sächs. G. B. § 2451; Mommsen § 394 Abs. 1; hess. Entw. Art. 298.

Die Vorschrift kann selbstverständlich nicht Anwendung finden, wenn die mit der Sache vorgenommenen Veränderungen von der Art sind, daß die Identität der Sache aufgehoben ist (vergl. § 1854)[1]).

Mitgetroffen sind neben Erweiterungen und Verbesserungen neue Anlagen und Gebäude. Einer Hervorhebung dieses Umstandes bedarf es nicht, obwohl einige geltende Rechte abweichen[2]). Eine Erwähnung des neuen Erwerbes[3]) ist nicht erforderlich. Sofern derselbe Bestandtheil oder Zubehör der vermachten Sache geworden ist, wird er mitgetroffen. Selbstverständlich kann der Erblasser auch anordnen, daß ein etwaiger neuer Erwerb dem Bedachten selbst dann zu Gute kommen soll, wenn er nach dem Gesetze nicht Zubehör oder Bestandtheil sein sollte. Ist eine solche Anordnung getroffen, so entscheidet der Wille des Erblassers. Unzulässig ist es dagegen, daß der Erblasser nachträglich die Vermächtnißanordnung ohne Einhaltung der Formvorschriften dadurch ändert, daß er willkürlich dem neuen Erwerbe die ihm nach dem Gesetze nicht zukommende Bedeutung eines Bestandtheiles oder Zubehörstückes beilegt.

In Ansehung eines vermachten Inbegriffes von Sachen wird derselbe Gedanke zum Ausdrucke gebracht, indem erwähnt wird, daß ein solches Vermächtniß alle diejenigen Sachen betrifft, welche zur Zeit des Erbfalles zu dem Inbegriffe gehören.

Die im Wesentlichen dem geltenden Rechte[4]) entsprechende Vorschrift, welche entbehrlich erscheinen kann, ist aufgenommen, um darüber keinen Zweifel zu lassen, daß auch in Ansehung eines solchen Vermächtnisses der Zeitpunkt des Eintrittes des Erbfalles für den Umfang maßgebend ist.

§ 1860.

b) Vermietheter Gegenstand ꝛc.

Für den Fall, daß der durch Vermächtniß zugewendete Gegenstand über die Zeit der Erfüllung des Vermächtnisses hinaus vermiethet oder verpachtet ist, enthält das geltende Recht fast überall keine Entscheidung. Unger § 67 Anm. 1 a. E. macht darauf aufmerksam, daß in der Regel der Vermächtnißnehmer nicht verpflichtet sein werde, die Fortsetzung des Mieth- oder Pachtverhältnisses zu dulden und der Miether oder Pächter auf den Schadensersatzanspruch gegenüber dem Erben beschränkt sei. Zumeist wird es als dem Willen des Erblassers entsprechend anzunehmen sein, daß der Bedachte, wenn ein solcher Fall vorliegt, verpflichtet sein soll, den Vertrag zu erfüllen, und

---

[1]) Vergl. Windscheid § 654 Anm. 3; Roth § 323 Anm. 21; Mommsen § 368 (dessen Mot. S. 395).

[2]) Vergl. Dernburg § 139 Anm. 2 ff.; hess. Entw. Art. 300 Abs. 2; Mommsen § 394 Abs. 2; — abweichend code civil Art. 1019 und dazu Mommsen's Mot. S. 396.

[3]) Code civil Art. 1019 Abs. 1; hess. Entw. Art. 300 Abs. 1.

[4]) Windscheid § 654 Anm. 27; Roth § 323 Anm. 45, 46; preuß. A. L. R. I, 12 § 401, Dernburg § 147, insbes. Anm. 5, 6, Eccius § 252 Anm. 73, 74; Unger § 69, insbes. Anm. 1; sächs. G. B. § 2461; Mommsen § 406.

zwar sowohl, wenn der Gegenstand zur Zeit der Anordnung vermiethet oder verpachtet war, als wenn ein solcher Vertrag erst später von dem Erblasser geschlossen ist. Die Vorschrift trifft nicht allein eine vermachte Sache, sondern einen vermachten Gegenstand, weil auch ein verpachtetes Recht (vergl. § 531) Gegenstand des Vermächtnisses sein kann. Sie bestimmt lediglich für die Zeit nach der Erfüllung des Vermächtnisses, weil die Verpflichtung des Vermächtnißnehmers erst von dieser Zeit an in Frage kommen kann; denn erst von dieser Zeit an kann der Vermächtnißnehmer das dem dritten Erwerber (Sondernachfolger) im § 512 beigelegte Recht ausüben. Die Zeit der Fälligkeit des Vermächtnisses kommt indessen im Verhältnisse zwischen dem Erben oder dem Beschwerten und dem Vermächtnißnehmer in Ansehung der Nutzungen, Aufwendungen u. s. w. in Betracht.

Sowohl der Miether oder Pächter als auch der Beschwerte sind als bedacht anzusehen, so daß diese, wie im Falle des § 512, ein unmittelbares Recht gegen den Vermächtnißnehmer erhalten. Dies wird schon an sich dem anzunehmenden Willen des Erblassers entsprechen. Läßt sich ein solcher Wille des Erblassers aus den Umständen nicht ableiten, so muß doch ein solcher so lange als vorhanden angesehen werden, als nicht das Gegentheil erkennbar gewollt ist.

Die Vorschrift erscheint im Verkehrsinteresse unbedingt nothwendig, um den Grundsatz des Entwurfes, daß Sondernachfolge Miethe und Pacht bricht, in seinen Wirkungen abzuschwächen in Fällen, in welchen dessen Anwendung zweifellos nicht dem Willen des Erblassers entsprechen würde. Die Verpflichtung ist dem Vermächtnißnehmer auch gegenüber dem Beschwerten auferlegt. Der Beschwerte ist, ohne daß ein Vorausvermächtniß vorliegt, insofern bedacht, als ihm die Verpflichtung, den Vertrag seinerseits zu erfüllen oder das Interesse zu leisten, abgenommen wird. Der Gesichtspunkt der Erfüllungsübernahme (§ 318) bleibt soweit außer Betracht.

Der Eingang der Vorschrift „der . . Gegenstand" läßt durch den bestimmten Artikel erkennen, daß die Vorschrift auch im Falle des sog. Verschaffungsvermächtnisses Anwendung findet, — jedoch auch hier, nach Maßgabe der Schlußworte der Vorschrift, beschränkt auf den Fall, daß der Erblasser zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet gewesen sein würde.

Darüber, wem der Pacht- oder Miethzins gebührt, bedarf es an dieser Stelle keiner Vorschrift; es entscheidet der § 1878 in Verbindung mit dem § 794.

§ 1861.

o) Belasteter Gegenstand.

Ist der vermachte Gegenstand zur Zeit des Erbfalles mit einem Pfandrechte, einer Grundschuld oder einem anderen Rechte belastet, so erhebt sich die Frage, ob der Bedachte den Gegenstand pfand- und kostenfrei fordern kann oder ob er seinerseits die Pfandschuld, die Grundschuld oder die Lasten zu übernehmen hat. Das geltende Recht folgt zumeist dem Grundsatze „res transit cum suo onere". Dies gilt insbesondere von den dinglichen

Rechten[1]), jedoch trennt das gemeine Recht Grunddienstbarkeiten, welche mitübergehen, und Nießbrauch, Emphyteuse und Superfizies, von denen der Bedachte Befreiung verlangen kann, falls sie dem Erblasser nicht bekannt waren; dagegen gehen mit über andere Lasten und Reallasten und selbst obligatorische Ansprüche gegen den Erblasser, sogar Noxalansprüche[2]). In Ansehung des Pfandrechtes lassen das gemeine Recht und einige sich anschließende Rechte[3]) den Bedachten für das auf der vermachten Sache lastende Pfandrecht nur haften, wenn das Pfandrecht dem Erblasser nicht bekannt gewesen ist, im entgegengesetzten Falle muß der Beschwerte die Sache von dem Pfandrechte befreien. Die neueren Rechte führen den Grundsatz „res transit cum suo onere" auch in Ansehung des Pfandrechtes durch, indessen muß nach einigen Rechten[4]) der Bedachte die Schuld übernehmen, für welche der Gegenstand verpfändet ist, nach anderen[5]) tritt der zahlende Bedachte in die Rechte des Gläubigers und kann gegen den Erben seinen Rückgriff nehmen.

Der Entwurf enthält Dispositivvorschriften. Nur solche können dem Bedürfnisse genügen. Denn die Erfahrung lehrt, daß die letztwilligen Verfügungen selten einen Anhalt für die Willensauslegung in dieser Richtung bieten.

In Ansehung der Lasten, welche auf dem vermachten Gegenstande zur Zeit des Erbfalles ruhen und nicht in Pfandrechten oder Grundschulden bestehen, folgt der Entwurf dem geltenden Rechte ohne die Unterscheidungen des gemeinen Rechtes (Abs. 1). Er stellt zugleich die praktische Bedeutung der Vorschrift klar durch den Ausdruck, daß der Bedachte nicht berechtigt ist, Befreiung von den Lasten zu verlangen. Mit dem gemeinen Rechte einen Befreiungsanspruch dann anzunehmen, wenn der Erblasser den Nießbrauch oder das Erbbaurecht ꝛc. nicht kannte, indem alsdann die gleichzeitige Zuwendung der Befreiung von der Last im Wege der Verfügung über fremdes Gut angenommen wird, erscheint nicht zulässig. In der Regel wird der Erblasser, entsprechend dem § 1859 Abs. 1, nicht mehr haben zuwenden wollen, als ihm selbst gebührte. Im einzelnen Falle kann jedoch eine abweichende Willensrichtung des Erblassers vorliegen; dann ist selbstverständlich diesem Willen Folge zu geben. Der Entwurf unterscheidet nicht das regelmäßige Vermächtniß

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 325, Dernburg § 140 Anm. 1, 2, Eccius § 276 Anm. 55; code civil Art. 1020; österr. G. B. §§ 686, 662, Unger § 67 Anm. 1; sächs. G. B. § 2455 (nicht aber Forderungen gegen den Erblasser in Beziehung auf die Sache, § 2455); Mommsen § 395, vergl. jedoch § 405; hess. Entw. Art. 303 (nur von Nießbrauch ist die Rede).

[2]) Windscheid § 654 Anm. 5, 6, 16; Brinz § 415 Anm. 31—36; Roth § 323 Anm. 6—13.

[3]) Windscheid § 654 Anm. 16; Brinz § 415 Anm. 37—44; Roth § 323 Anm. 11; bayr. L. R. III, 7 § 11, u. A.

[4]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 326, Dernburg § 140 Anm. 2—4, Eccius § 276 Anm. 55; code civil Art. 1020; sächs. G. B. § 2453; Mommsen § 396.

[5]) Hess. Entw. Art. 303; österr. G. B. nach Unger § 67 Anm. 1. Der code civil enthält darüber nicht eine ausdrückliche Entscheidung.

und das Verschaffungsvermächtniß. Auch für das letztere wird anzunehmen sein, daß der Erblasser den Gegenstand nur so zuwenden wollte, wie der Gegenstand sich zur Zeit des Erbfalles befindet. Die Berücksichtigung eines abweichenden Willens ist gewahrt durch den Zusatz „sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt". Eine besondere Vorschrift für das Verschaffungsvermächtniß erscheint um so weniger erforderlich, als ein solches Vermächtniß immerhin selten vorkommt.

Pfandrechte und Grundschulden.

In gleicher Weise wird für Pfandrechte und Grundschulden bestimmt (Abs. 1). Nach der Auffassung des Lebens sind Pfandrechte und Grundschulden in gleichem Maße Belastungen des vermachten Gegenstandes wie Grunddienstbarkeiten und Reallasten, welche auf demselben haften. War der Gegenstand bereits zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses verpfändet, so ist anzunehmen, daß der Erblasser bei der Anordnung davon ausging, der Bedachte solle den Gegenstand so erhalten, wie er ihn selbst hatte, also mit der Belastung durch das Pfandrecht. Erfolgte die Verpfändung erst nach der Errichtung der Anordnung durch den Erblasser oder wurde sie ihm gegenüber im Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen, so liegt eine theilweise Veräußerung vor; nach dem § 1848 muß der Bedachte auch diese tragen. In Ansehung der Grundschulden verhält es sich nicht anders. Der Vermächtnißnehmer muß den vermachten Gegenstand nehmen und erhalten, wie er zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles liegt. In Ansehung des Faustpfandes läßt sich eine andere Auffassung nicht mit Grund geltend machen. Das Faustpfand kann ebensowohl, namentlich in der Gestalt der Verpfändung von Werthpapieren, die Unterlage sein für eine dauernde Kreditgewährung. Soll der Bedachte Befreiung von Pfandrechten und Grundschulden fordern können, so wird der Erbe, gewiß meistens entgegen dem Willen des Erblassers, in eine schwierige Lage versetzt. Dies erhellt insbesondere, wenn in Betracht gezogen wird, daß die Schuld, für welche der vermachte Gegenstand haftet, vielleicht erst in ferner Zeit fällig wird. Eine Unterscheidung des regelmäßigen und des Verschaffungsvermächtnisses ist in dieser Hinsicht nicht veranlaßt.

Hypothek, für welche der Erblasser persönlicher Schuldner ist.

Eine besondere Vorschrift für den Fall, daß in Ansehung der auf einem vermachten Nachlaßgrundstücke haftenden Hypothek der Erblasser der persönliche Schuldner ist, ist nicht für angemessen erachtet. Zu bestimmen, in einem solchen Falle habe der Vermächtnißnehmer dem Erben dafür einzustehen, daß er — der Erbe — wegen der persönlichen Verpflichtung nicht in Anspruch genommen werde und der Vermächtnißnehmer dürfe auch im Falle der Befriedigung der Hypothek nicht seinerseits den Erben in Anspruch nehmen, würde nicht rathsam sein. Die Gründe, welche sich hierfür geltend machen lassen, sind nicht von entscheidender Bedeutung. Nach der aus den §§ 1062 ff. sich ergebenden Auffassung des Entwurfes ist in der Regel die Hypothek nicht die sog. selbständige Hypothek, sondern eine solche, welche ihren akzessorischen Karakter bewahrt hat. Auf dem Grundstücke haftet nur das dingliche Recht, nicht die persönliche Schuld; daher kann auch nur die dingliche Belastung auf den Vermächtnißnehmer übergehen. Die persönliche Haftung, und zwar die ausschließliche persönliche Haftung des Vermächtnißnehmers für die persönliche Schuld, für welche die Hypothek bestellt ist, läßt sich nur begründen, wenn davon ausgegangen

wird, der Erblasser habe nicht allein das Grundstück vermacht, sondern zugleich den Bedachten mit der Verpflichtung belastet, den Erben, soweit die darauf haftenden Hypotheken für seine persönlichen Schulden bestellt sind, von den entsprechenden Verbindlichkeiten, unter Tilgung dieser Schulden, zu befreien. Unter Umständen kann dies wirklich dem Willen des Erblassers entsprechen; ohne weiteren Anhalt aber läßt sich ein solcher Wille nicht annehmen. Nach der Auffassung des Verkehres ist die Bedeutung der Hypothek die, daß der Eigenthümer sich die Befriedigung der Hypothek aus dem Grundstücke gefallen lassen muß, sofern der Gläubiger auf das Grundstück greift und nicht anderweit Befriedigung sucht. Dieser Auffassung würde es nicht entsprechen, die Hypothek stets als wirthschaftliche Werthminderung des Grundstückes zu behandeln. Nach dem § 1003 Nr. 1 ist der Nießbraucher gegenüber dem Eigenthümer verpflichtet, die Zinsen der Hypothekenforderungen zu tragen. Daraus läßt sich indessen für die hier zu entscheidende Frage, welche eine wesentlich andere ist, nichts entnehmen. Ist eine Hypothek in Frage für Schulden, welche der Erblasser nicht eingegangen ist, für welche vielmehr ein früherer Eigenthümer persönlicher Schuldner war und deren Erfüllung der Erblasser übernommen hatte, so würde durch eine Vorschrift des bezeichneten Inhaltes nicht geholfen. Die hiernach sich ergebende verschiedene Behandlung der Hypotheken und Grundschulden rechtfertigt sich aus dem wirthschaftlich wie in der juristischen Konstruktion bestehenden erheblichen Unterschiede zwischen den beiden Instituten. Ist neben der Grundschuld eine persönliche Verbindlichkeit des Erblassers vorhanden, so hat der Erbe auch für die letztere einzustehen. Richtig, aber nicht entscheidend, ist, daß in Ansehung der durch die Hypothek gesicherten persönlichen Schuld des Erblassers der Erbe in der Regel die Schuld wird endgültig tragen müssen, weil nach dem § 1094 Abs. 2 der den Hypothekengläubiger befriedigende Vermächtnißnehmer die persönliche Forderung kraft des Gesetzes erwirbt.

Korrealhypothek.

Eine besondere Vorschrift in Ansehung der sog. Korrealhypothek (preuß. A. L. R. I, 12 § 327)[1]) ist gleichfalls nicht erforderlich. Ebensowenig ist für den Fall, daß der Beschwerte in Beziehung auf Rechte an der Sache der Berechtigte war oder daß der Bedachte der Berechtigte oder Pfandgläubiger war, etwas Besonderes zu bestimmen[2]).

Nicht rathsam wäre es, auszusprechen, der Bedachte werde nicht verpflichtet, die Verbindlichkeit, für welche der vermachte Gegenstand verpfändet ist, zu erfüllen. Denn, wenn dies auch in der Regel dem Gedanken, auf welchem der § 1861 beruht, entsprechen wird, so möchte aus der Aufnahme des Satzes der irrige Schluß gezogen werden, dem Bedachten solle von dem Erblasser die Möglichkeit abgeschnitten werden können, auf Grund des § 1094 Abs. 2 gegen den Erben vorzugehen, falls er den Gläubiger befriedigt hat.

---

[1]) Vergl. Mommsen § 396 Abs. 2.
[2]) Sächs. G. B. §§ 2452, 2459; Mommsen §§ 395, 397.

Anspruch des Erblassers auf Befreiung.

Daß der dem Erblasser zur Zeit des Erbfalles etwa zustehende Anspruch auf Befreiung des vermachten Gegenstandes von der Belastung als mitvermacht gilt, Abs. 2, ist nur ein Folgesatz des § 1859 Abs. 1. Die Aufnahme der Vorschrift ist für angemessen erachtet, um Zweifeln vorzubeugen[1]).

Ablehnung weiterer Auslegungsregeln.

Weiterer Auslegungsregeln über den Umfang des Vermächtnißgegenstandes enthält sich der Entwurf. Insbesondere sind Vorschriften nicht aufgenommen:

a) darüber, was als vermacht gilt, wenn eine Sache mit ihrem Inhalte vermacht ist[2]). Es besteht kein Bedürfniß, der Willensauslegung in dieser Beziehung zu Hülfe zu kommen; Auslegungsregeln würden das richterliche Ermessen ohne zwingende Gründe beengen.

b) darüber, was als vermacht anzusehen ist, wenn der Inhalt eines Behältnisses oder das, was sich in einem Hause befindet, vermacht ist[3]). Das Bedürfniß für solche Auslegungsregeln ist zu verneinen.

c) darüber, was bei einem Vermächtnisse flüssiger Sachen als mitvermacht zu gelten hat[4]). Das Bedürfniß für Auslegungsregeln ist gleichfalls nicht anzuerkennen. Das Gleiche gilt von den zahlreichen Vorschriften ähnlichen Inhaltes, welche sich insbesondere im preuß. A. L. R. und im österr. G. B. finden[5]).

Rechtsgesammtheit, u. s. w.

Nicht minder ist abgesehen von besonderen Vorschriften für den Fall, daß eine Rechtsgesammtheit, z. B. ein Erwerbsgeschäft, vermacht ist[6]). Ohne Kasuistik wären solche für entbehrlich erachtete Vorschriften nicht möglich.

Nießbrauchsvermächtniß, u. s. w.

Im geltenden Rechte finden sich Vorschriften über gewisse Arten von Vermächtnissen, z. B. das Nießbrauchvermächtniß[7]), das Ratenvermächtniß[8]), das Rentenvermächtniß[9]), das Vermächtniß des Lebensunterhaltes oder einer

---

[1]) Vergl. Eccius § 276 Anm. 55.

[2]) Windscheid § 655 Anm. 2; Dernburg § 147 Anm. 8; österr. G. B. §§ 675, 676, Unger § 69 Anm. 3; sächs. G. B. § 2464; Mommsen § 407.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 414, 415, Dernburg § 147 Anm. 9, Eccius § 252 Anm. 94, 97; sächs. G. B. §§ 2465, 2466; Mommsen § 408.

[4]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 407, Dernburg § 139 Anm. 8, Eccius § 276 Anm. 41; österr. G. B. § 677.

[5]) Preuß. A. L. R. I, 2 §§ 10 ff., Dernburg § 147 Anm. 2—4; Unger § 69 Anm. 2, 3.

[6]) Roth § 325.

[7]) Windscheid § 656 Anm. 6, § 659 Anm. 3—5; Brinz § 415 S. 324, 325; Roth § 324 Anm. 18—30; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 421—424, 303, Dernburg § 138 Anm. 5—9, Eccius § 252 Anm. 76—79; sächs. G. B. §§ 2470, 2471; Mommsen § 147; hess. Entw. Art. 47.

[8]) Windscheid § 660 Anm. 8; Brinz § 415 Anm. 15, 17; Roth § 326 Anm. 13; Eccius § 252 S. 474; Unger § 74 bei Anm. h.

[9]) Windscheid § 660 Anm. 1 ff.; Brinz § 415 Anm. 16, 17; Roth § 326 Anm. 1 ff.; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 302, 304, 424, Dernburg § 149 Nr. 3, Eccius § 252 S. 473, 474; österr. G. B. § 687, Unger § 74; hess. Entw. Art. 145.

Leibrente[1]), sowie das Ausstattungsvermächtniß[2]). Solche Vorschriften sind nicht aufgenommen.

Bei Feststellung der Vorschriften über den Nießbrauch (§§ 980 ff.) ist überall bereits die Begründung des Nießbrauches durch Vermächtniß mit in Betracht gezogen (vergl. Motive zum Sachenrechte S. 493). Einzelne Zweifel, welche noch möglich sind, im Gesetze zu entscheiden, geht nicht wohl an. So wird sich z. B. bezweifeln lassen, ob, wenn der Nießbrauch an dem Nachlasse einem Dritten vermacht ist, der Erbe, welchem eine Forderung gegen den Erblasser zugestanden hat, wegen dieser Forderung aus dem Nachlasse sich befriedigen kann, bevor er den Nachlaß dem Vermächtnißnehmer ausantwortet[3]). Solche Fragen sind jedoch von zu untergeordneter Bedeutung, um die Aufnahme von Vorschriften für seltene Fälle zu rechtfertigen, selbst wenn mitunter die Auslegung zu einem befriedigenden Ergebnisse nicht zu führen scheint. In dem bezeichneten Falle läßt sich erwarten, daß Wissenschaft und Praxis, ungeachtet des § 291, im Wege entsprechender Anwendung des § 1866 dazu gelangen werden, daß Vereinigung zum Nachtheile des Erben nicht eintritt.

Wegen der Leibrente sieht bereits der § 663 vor, vergl. auch § 1867.

Vermächtniß einer Forderung.

Soweit das Vermächtniß einer Forderung nicht in den §§ 1848 ff., 1855, 1856, 1866 geregelt ist, kann ein Bedürfniß zur Aufnahme weiterer Vorschriften über ein solches Vermächtniß, obschon solche im geltenden Rechte sich finden[4]), nicht anerkannt werden.

Die Mehrzahl dieser Vorschriften des geltenden Rechtes ist deshalb entbehrlich, weil der Entwurf zumeist von dem vermachten Gegenstande, nicht ausschließlich von der vermachten Sache spricht.

Nur für das Wahlvermächtniß, das Gattungsvermächtniß und das gemischt-generische Vermächtniß sind noch Vorschriften angeschlossen.

§ 1862.

6. Wahlvermächtniß.

Der Entwurf spricht die Zulässigkeit eines Wahlvermächtnisses nicht besonders aus, setzt sie vielmehr voraus (vergl. auch § 1777). Daß auf ein

[1]) Windscheid § 660 Anm. 10 ff.; Brinz § 415 Anm. 19, 20; Roth § 326 Anm. 14 ff.; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 441—446, Dernburg § 149 Nr. 1, Eccius § 252 S. 473; code civil Art. 1015 Nr. 2; sächs. G. B. §§ 2472—2476; österr. G. B. §§ 691, 672, Unger § 74 Abs. 2, § 79 Anm. 6; Mommsen §§ 415—421; hess. Entw. Art. 146.

[2]) Windscheid § 658 Anm. 4 ff.; Brinz § 415 Anm. 79 ff.; Roth § 327; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 447—449, 488 mit §§ 302, 304, Dernburg § 149 Nr. 2, Eccius § 252 S. 474, 475; Unger § 75; sächs. G. B. §§ 2489—2492; Mommsen §§ 429—431.

[3]) Windscheid § 659 Anm. 4.

[4]) Windscheid §§ 657, 658; Brinz § 415 III; Roth § 324, II; Unger § 72; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 409 ff., Eccius § 252 S. 466—472; code civil Art. 1023; sächs. G. B. §§ 2477—2488; Mommsen §§ 422—428; hess. Entw. Art. 148—150.

solches Vermächtniß die §§ 207—212 Anwendung zu finden haben, kann als selbstverständlich bezeichnet werden, nachdem das Vindikationslegat aufgegeben ist; diese Vorschriften passen der Fassung und der Stellung nach auf jedes alternative Schuldverhältniß. Indessen ist doch der Hinweis auf deren Anwendbarkeit rathsam, weil dadurch das Gesetz an Deutlichkeit und Durchsichtigkeit gewinnt. Dazu kommt, daß eine Abweichung von der im § 212 Abs. 1 enthaltenen Auslegungsregel erforderlich ist. Ist die Wahl unter den mehreren Leistungen einem Dritten eingeräumt, so hat der Erblasser nicht das „Ob" der Zuwendung in Frage stellen wollen (wenigstens ist dies nicht zu vermuthen), vielmehr soll nur entschieden werden, welchen von mehreren Gegenständen der Bedachte erhalten soll. Die Anwendung des § 212 Abs. 1, nach welchem das Schuldverhältniß im Zweifel als ein durch die Wahl des Dritten bedingtes zu gelten hätte, würde mit dem anzunehmenden Willen des Erblassers im Widerspruche stehen und insbesondere dem § 1778 nicht entsprechen. Deshalb ist die Abweichung bestimmt, daß in dem bezeichneten Falle das Vermächtniß nicht als ein durch die Wahl des Dritten bedingtes anzusehen ist.

Soll der Zweck der Vorschrift erreicht werden, so muß auch für den Fall gesorgt werden, daß der Dritte nicht wählen kann oder nicht wählen will, da selbstverständlich bei einem auf die Person des Dritten gestellten Wahlrechte von einem Uebergange des Wahlrechtes auf dessen Rechtsnachfolger nicht die Rede sein kann. In diesem Falle muß, entsprechend dem § 207, die allgemeine Regel eintreten, also der Beschwerte wählen. Wie im Falle des § 355 genügt dies noch nicht, vielmehr muß dem „nicht wählen können oder nicht wählen wollen" der Fall gleichgestellt werden, in welchem der Dritte die Wahl verzögert.

Hiernach ergiebt sich, daß der Beschwerte, falls er zu wählen hat, nicht behindert ist, auch die Leistung zu wählen, welche den geringsten Werth hat.

Das geltende Recht weicht hiervon vielfach ab, es kann aber zum Vorbilde nicht dienen, weil es zumeist mit dem Vindikationslegate zu rechnen hatte[1]).

Uebergang des Wahlrechtes.

Darüber, ob derjenige, welcher an die Stelle des Bedachten oder Beschwerten tritt, das diesen zugestandene Wahlrecht hat, ist eine Vorschrift nicht erforderlich. Die neuere Doktrin ist fast durchweg einverstanden[2]), daß das Wahlrecht nicht ein für sich bestehendes Recht, sondern lediglich eine Eigenschaft (Qualität) der Forderung ist. Das Wahlrecht geht daher der Regel nach nicht allein bei der Rechtsnachfolge, sondern auch bei der An-

---

[1]) Windscheid § 661 Anm. 1, 13; Brinz § 415 Anm. 22 ff.; Roth § 322 Anm. 1 ff; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 388 ff., Dernburg § 153, Eccius § 252 Anm. 38 ff. — das A. L. R. legt Gewicht darauf, ob der Bedachte nehmen oder der Erbe geben soll, je nach der Fassung wird ein Wahlrecht des Ersteren oder des Letzteren angenommen —; österr. G. B. §§ 656, 658, 659, Unger § 76, § 72 Anm. 5, 6; sächs. G. B. §§ 2493—2498; Mommsen § 434; hess. Entw. Art. 141—143.

[2]) Vergl. Unger § 76 Anm. 1, 5.

wachsung u. s. w. mit der Forderung über. Andererseits ist nicht ausgeschlossen, daß der Erblasser ein legatum optionis im Sinne des älteren röm. Rechtes[1]) gewollt und das Wahlrecht als ein höchstpersönliches angesehen hat. Die Willensauslegung durch eine Vorschrift zu beengen, besteht kein Anlaß.

Mehrere Wahlberechtigte.

Eine Vorschrift darüber, wer von mehreren zugleich Wahlberechtigten das Wahlrecht auszuüben habe, insbesondere eine Verweisung auf das Loos[2]), erscheint nicht angemessen. Die Heranziehung der Entscheidung durch das Loos hat stets etwas Bedenkliches. Abgesehen von dem § 583 Abs. 2, welcher sich auf die Auslobung bezieht, bei der ein anderer Ausweg nicht möglich ist, hat der Entwurf an keiner Stelle auf die Loosentscheidung verwiesen. Den vorausgesetzten seltenen Fall für das Vermächtniß zum Gegenstande einer besonderen Regelung zu machen, liegt auch kein Bedürfniß vor. Sind mehrere Beschwerte wahlberechtigt, so kann, falls dieselben über die Wahl sich nicht einigen, der Bedachte mit Hülfe des § 210 Abs. 1 zu seinem Rechte kommen. Können sich mehrere Wahlberechtigte über die zu treffende Wahl nicht einigen, so hat zunächst der Beschwerte den Vortheil, daß er nicht zu leisten hat. In einem solchen Falle liegt auf Seiten der Bedachten eine Gemeinschaft vor; die für diese geltenden Vorschriften (vergl. insbesondere die §§ 765, 772) werden eine befriedigende Lösung ermöglichen.

Reihenfolge der Wahl.

Mit dem preuß. A. L. R. I, 12 § 394 vorzuschreiben, daß, wenn mehrere Personen unter denselben Gegenständen zu wählen haben und diese sich über die Reihenfolge der Wahl nicht verständigen können, die Reihenfolge der Wahl durch das Loos bestimmt werde, ist noch weniger erforderlich; damit würde für einen seltenen Fall das Gebiet der Kasuistik beschritten. Weshalb die Grundsätze über Prävention (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 275 ff.) nicht ausreichen oder zu modifiziren sind, ist nicht ersichtlich.

Unwiderruflichkeit der Wahl.

Vorschriften über die Unwiderruflichkeit der getroffenen Wahl, das Stattfinden einer Neuwahl, wenn das Vermächtniß in Ansehung des gewählten Gegenstandes ungültig oder doch theilweise ungültig ist, oder wenn nicht alle zur Wahl stehenden Gegenstände vorgezeigt sind oder die Wahl nicht von dem dazu Berechtigten vorgenommen ist, sowie über den Einfluß von Mängeln der Willensbestimmung des Wählenden[3]), sind nicht aufgenommen. Die §§ 207—214 sowie die allgemeinen Grundsätze genügen für das Erbrecht in gleichem Maße, wie sie in Ansehung der Wahlobligationen für ausreichend erachtet sind. Die besonderen Vorschriften des gemeinen Rechtes[4]) werden zum Theil aus der Eigenthümlichkeit des Damnationslegates des röm. Rechtes erklärt und kommen schon deshalb nicht weiter in Betracht.

---

[1]) Windscheid § 661 Anm. 9.

[2]) Windscheid § 661 Anm. 12; sächs. G. B. § 2498; Unger § 76 Anm. 5; Mommsen § 436; hess. Entw. Art. 144.

[3]) Windscheid § 661 Anm. 5, 6; bayr. L. R. III, 7 § 4 Nr. 6; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 398—400; Mommsen § 439 (dessen Mot. S. 428, 429).

[4]) Windscheid § 661 Anm. 7; Unger § 76 Anm. 7.

§ 1863.

7. Gattungsvermächtniß.

Ein Zweifel kann nicht bestehen, daß das Gattungsvermächtniß zulässig sein muß und daß auf das Schuldverhältniß, welches durch ein solches Vermächtniß begründet wird, im Allgemeinen die Vorschriften der §§ 213, 214 Anwendung zu finden haben[1]). Auf die muthmaßliche Willensmeinung des Erblassers gesehen, würde die Vorschrift des § 213, wenn der Beschwerte zu wählen hat, nicht zu einem angemessenen Ergebnisse führen; vielmehr wird in der Regel der Erblasser an eine den Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache gedacht haben. Würde mit einigen Rechten[2]) von einer den Verhältnissen und den Bedürfnissen des Bedachten entsprechenden Sache geredet, so wäre damit wenig gewonnen. Das „Bedürfniß" ist als Maßstab wegen der Dehnbarkeit des Begriffes werthlos. Daß die Verhältnisse des Bedachten einen geeigneten Beurtheilungsmaßstab nicht ergeben, wird kaum vorkommen. Eine besondere Fürsorge für diesen Fall ist daher entbehrlich.

Im Anschlusse an die §§ 213, 214 ist auch hier ausschließlich von einer nur der Gattung nach bestimmten Sache die Rede.

Wahl seitens des Bedachten oder eines Dritten.

In Ansehung des Gattungsvermächtnisses kann der nicht seltene Fall, daß das Wahlrecht dem Bedachten oder einem Dritten übertragen ist, nicht übergangen werden, wie in den §§ 213, 214 (Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 11). Die gleiche Beschränkung wie für den Fall, daß der Beschwerte zu wählen hat, erscheint angemessen (Satz 2 erster Halbsatz). Wird insbesondere die Wahl einem Dritten übertragen, so läßt sich annehmen, der Erblasser habe zu demselben das Vertrauen gehabt, er werde eine seinem (des Erblassers) Willen entsprechende Wahl vornehmen. Diese Annahme berechtigt indessen nicht zu der Folgerung, der Erblasser wolle das Vorgehen des Dritten selbst dann gutheißen, wenn dieser dem in ihn gesetzten Vertrauen nicht entsprochen habe. Auch bei der Uebertragung der Wahl an einen Dritten ist davon auszugehen, der Erblasser wolle vor Allem das Interesse des Bedachten gewahrt wissen. Eine Beschränkung des Dritten in dieser Beziehung ist um so mehr geboten, als im § 357 selbst dann die Anfechtung der Bestimmung des Dritten gestattet ist, wenn bei einem obligatorischen Vertrage die Leistung durch einen Dritten bestimmt werden soll und dieser Dritte die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen hat[3]). Daß der Bedachte in gleicher Weise beschränkt wird, entspricht nicht nur dem anzunehmenden Willen des Erblassers, sondern bewirkt zugleich, daß Gattungsvermächtnisse, welche nach ihrer Fassung als zu unbestimmt erscheinen könnten (vergl. § 1847)[4]), wegen der dem Wahl-

[1]) Vergl. Windscheid § 655 Nr. 2; Brinz § 415 Nr. 3; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 401—404 verb. mit §§ 388 ff., Dernburg § 148, Eccius § 252 S. 463, 464; Unger § 68; sächs. G. B. §§ 2467—2469; Mommsen §§ 409—414; hess. Entw. Art. 140.

[2]) Sächs. G. B. § 2496; Mommsen § 410; hess. Entw. Art. 140 Abs. 2; — vergl. ferner preuß. A. L. R. I, 12 § 404 (nach dem Stande und der Nothdurft des Empfängers); österr. G. B. § 658 (dem Stande und Bedürfnisse angemessen).

[3]) Vergl. Mommsen § 411.

[4]) Windscheid § 655 Anm. 8; Mommsen § 409 Abs. 1.

rechte des Bedachten gezogenen Grenze unter Umständen in Kraft erhalten werden und damit der letzte Wille dem Grundsatze des § 1778 gemäß thunlichst zur Geltung gelangt.

Ausübung der Wahl.

Durch die Vorschrift in Ansehung des Wahlrechtes des Dritten wird eine Entscheidung über die Ausübung der Wahl erforderlich. Diese wird am einfachsten und angemessensten getroffen durch entsprechende Anwendung der für das Wahlvermächtniß geltenden Vorschriften (Satz 2 zweiter Halbsatz).

§ 1864.

8. Gemischt-generisches Vermächtniß.

In Ansehung eines sogenannten gemischt-generischen Schuldverhältnisses (falls Sachen aus einer bestimmten Menge oder Zahl geleistet werden sollen) ist im Rechte der Schuldverhältnisse nicht bestimmt, daß dasselbe als Wahlobligation zu behandeln sei. Wegen der Vielgestaltigkeit des Verkehres ist es der Beurtheilung des einzelnen Falles überlassen, ob ein Wahlschuldverhältniß oder ein regelmäßiges generisches Schuldverhältniß gewollt sei (Motive zum Rechte der Schuldverh. §§ 213, 214 S. 11). Anders ist die Sachlage bei dem gemischt-generischen Vermächtnisse. Meistens bietet die letztwillige Verfügung wenig oder keinen Anhalt für die Ermittelung des Willens des Erblassers. Um Streitigkeiten abzuschneiden, ist daher eine Entscheidung angemessen.

Daß ein solches Vermächtniß nach den Vorschriften über das Wahlvermächtniß beurtheilt werde, erscheint gerechtfertigt, wenn berücksichtigt wird, daß ein Erblasser, welcher in der bezeichneten Weise verfügt, regelmäßig bezweckt, dem Wahlberechtigten unter den beschränkt zur Wahl gestellten Gegenständen dieselbe Freiheit der Wahl einzuräumen, wie bei dem Wahlvermächtnisse. Nicht minder entspricht es voraussichtlich dem Willen des Erblassers, daß, wenn einer der in Betracht kommenden Gegenstände vor Eintritt des Erbfalles oder später durch einen von dem Beschwerten nicht zu vertretenden Umstand untergehen sollte, die Wahl auf die verbleibenden Gegenstände sich zu beschränken hat[1]).

Vermuthungen.

Vermuthungen, wann ein gemischt-generisches Vermächtniß anzunehmen sei, sind nicht aufgestellt, insbesondere nicht für den Fall, daß der Erblasser einen Gegenstand aus einer Gattung ohne ausdrückliche Beschränkung auf die in dem Nachlasse befindlichen Stücke der betreffenden Gattung vermacht hat und sich Sachen der betreffenden Gattung im Nachlasse vorfinden[2]). Die Annahme, der Erblasser habe in einem solchen Falle die im Nachlasse befindlichen Sachen gemeint, geht zu weit; sie ist jedenfalls dann nicht berechtigt, wenn der Erblasser zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses solche Sachen nicht besaß, auch nicht in bestimmter Aussicht stand, daß er solche später erwerben

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 339. Dernburg § 153, insbes. Anm. 2, Eccius § 252 Anm. 69; sächs. G. B. § 2467; Mommsen §§ 413, 434 ff. Abweichend beschränken das gemeine Recht und das bayr. L. R. III, 7 § 4, Windscheid § 655 Anm. 3, 4, § 661 Anm. 2, die Wahl, ersteres, sofern nicht ausdrücklich das Aussuchen gestattet ist; vergl. noch Brinz § 415 S. 319, 320; Roth § 323 Anm. 40.

[2]) Mommsen § 409 Abs. 1; Unger § 68 bei Anm. b.

werde. Der Bedachte würde durch eine solche Auslegungsregel nicht selten, gegen den Willen des Erblassers, in seinem Rechte beschränkt werden. Dies zeigt sich insbesondere dann, wenn in dem Nachlasse nur eine Sache der betreffenden Gattung vorhanden, diese aber mangelhaft oder doch so beschaffen ist, daß der Bedachte sie nicht gebrauchen kann. Vielfach würde lediglich der Zufall, ob eine solche Sache im Nachlasse vorhanden ist, über die Auslegung der Verfügung entscheiden.

Ferner ist eine Vermuthung nicht aufgestellt für den Fall, daß der Erblasser eine Sache aus einer Gattung ohne Beschränkung auf den Kreis der im Nachlasse befindlichen Stücke der betreffenden Gattung vermacht und dem Bedachten das Wahlrecht eingeräumt hat[1]). Im Rechte der Schuldverhältnisse (Motive dazu S. 11) ist nicht entschieden, ob es mit dem Begriffe der Gattungsschuld sich vereinigen läßt, daß dem Berechtigten die Auswahlbefugniß zusteht. In Ansehung letztwilliger Verfügungen trifft nicht in gleichem Maße zu, daß Fälle dieser Art überaus selten vorkommen. Erhält das Gattungsvermächtniß in Folge der Auswahlbefugniß des Bedachten einen unmeßbaren Inhalt, so erledigt sich die Frage dadurch, daß es alsdann an der erforderlichen Bestimmtheit der Leistung gebricht (§ 1847). Nicht ausgeschlossen ist — und es ist sogar bei Vermächtnissen dieser Art vielleicht die Regel —, daß dem Bedachten das Wahlrecht unter solchen Beschränkungen eingeräumt wurde, daß die Bestimmbarkeit der Leistung sich nicht verneinen läßt. Ist dies der Fall, so muß das Vermächtniß als wirksam behandelt werden. Alsdann ist aber das Vermächtniß ein wirkliches Gattungsvermächtniß; es kann in Ermangelung eines weiteren Anhaltes nicht in ein gemischt-generisches Vermächtniß umgedeutet werden. Trifft der Erblasser eine Verfügung dieser Art, so hat er nicht selten ein besonderes Interesse daran, daß der Bedachte einen seinen Verhältnissen entsprechenden Gegenstand erhält. Daher kann nicht angenommen werden, sein Wille sei dahin gegangen, der Bedachte solle bei der Auswahl auf die in dem Nachlasse befindlichen Sachen der betreffenden Gattung beschränkt sein. In Folge einer Umdeutung kann der Bedachte in die mißliche, von dem Erblasser kaum gewollte Lage kommen, daß er völlig leer ausgeht, wenn sich, vielleicht lediglich durch Zusammentreffen besonderer Umstände, Stücke der betreffenden Gattung im Nachlasse nicht befinden oder die vorhandenen in der Hand des Erben ohne dessen Schuld untergegangen sind.

Unwirksamkeit.

Nicht erforderlich ist, mit einigen Rechten[2]) zu bestimmen, ein gemischt-generisches Vermächtniß sei unwirksam, wenn sich Sachen der von dem Erblasser bezeichneten Art in dem Nachlasse nicht vorfinden. Soweit dies richtig, ist es selbstverständlich, wenn nämlich die Vorschriften über das Wahlvermächtniß Anwendung finden.

Beschränkung in der Wahl.

Den mit einem gemischt-generischen Vermächtnisse Beschwerten, wie bei dem Gattungsvermächtnisse, § 1863, dahin zu beschränken, daß er eine den

[1]) Mommsen § 412.

[2]) Bayr. L. R. III, 7 § 3 Nr. 2; Roth § 323 Anm. 41; sächs. G. B. § 2468; österr. G. B. § 657, Unger § 68; Mommsen § 409 Abs. 2; hess. Entw. Art. 140 Abs. 3; — wegen des preuß. A. L. R. vergl. Eccius § 252 Anm. 67, 69.

Verhältnissen des Bedachten entsprechende Sache auszuwählen habe[1]), würde zu einer Abweichung von den an sich für maßgebend erklärten Grundsätzen über das Wahlvermächtniß nöthigen. Daß in dieser Hinsicht bei dem gemischtgenerischen Vermächtnisse das generische und nicht das alternative Moment überwiege, kann nicht anerkannt werden. Sollten die Grundsätze von dem Wahlvermächtnisse im einzelnen Falle wirklich zu einem nicht befriedigenden Ergebnisse führen, so wird der Inhalt der letztwilligen Verfügung auch sonst schon genügenden Anhalt bieten, um zu erkennen, daß der Erblasser etwas Abweichendes hat anordnen wollen. Dies zu berücksichtigen, ist durch die aufgenommene Vorschrift nicht ausgeschlossen.

Summe oder Quantität vertretbarer Sachen.

Im geltenden Rechte finden sich Vorschriften über das Vermächtniß einer Summe oder einer Quantität vertretbarer Sachen, deren Beschaffenheit nicht angegeben ist[2]). Daß die Vorschriften über das Wahlvermächtniß in Ansehung einer solchen Summe oder Quantität vertretbarer Sachen in der Regel Anwendung finden, erscheint selbstverständlich mit Rücksicht auf die Beschränkung des § 1864. In Ansehung vermachter Geldsummen die Vorschriften des § 1864 von der Anwendung auszuschließen, würde in Folge jener Beschränkung nicht passen.

§ 1865.

IV. Anfall und Erwerb. 1. Vermächtnißanspruch.

Durch das Vermächtniß wird nur ein obligatorischer Anspruch des Vermächtnißnehmers (Vermächtnißanspruch) begründet (Satz 1). Dies entspricht dem in der Vorbemerkung (S. 133 ff.) erörterten Grundsatze des Entwurfes. Daß ein unmittelbarer Uebergang des vermachten Rechtes auch dann nicht stattfindet, wenn das Recht zum Nachlasse gehört (Satz 2), verdeutlicht nur mit Rücksicht auf die schwerwiegende Abweichung von dem geltenden Rechte, daß das Vindikationslegat dem Entwurfe fremd ist, und läßt zugleich erkennen, daß die Vorschrift eine absolute ist, also durch dieselbe dem Willen des Erblassers eine Schranke gesetzt wird.

§ 1866.

2. Vereinigung.

Mit Rücksicht auf die Nichtanerkennung des Vindikationslegates ist es erforderlich, auszusprechen, daß, wenn eine dem Erblasser zustehende Forderung gegen den Erben Gegenstand des Vermächtnisses ist, das Schuldverhältniß in Ansehung des Vermächtnisses nicht als durch Vereinigung erloschen anzusehen ist. Ohne die Vorschrift würde die bezeichnete Forderung nach dem § 291 durch Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in derselben Person stets erlöschen. Die Forderung würde nicht Gegenstand des Vermächtnisses sein können und die etwa vorhandenen akzessorischen Rechte würden untergehen. Dieser Erfolg muß verhindert werden. Die vermachte Forderung

---

[1]) Mommsen § 410.

[2]) Windscheid § 655 bei Anm. 6; sächs. G. B. § 2469; preuß. A. L. R. I, 12 § 401, Dernburg § 148 Anm. 3, Eccius § 252 Anm. 72; österr. G. B. § 658, Unger § 70 Anm. 2; bad. L. R. Satz 1022a; Mommsen § 414.

selbst erlangt der Vermächtnißnehmer nicht kraft des Gesetzes, vielmehr muß ihm dieselbe, wie jede andere vermachte Forderung, von dem Erben erst übertragen werden. Ohne die Vorschrift würde jedoch jede Uebertragung an dem bereits erfolgten Untergange der Forderung scheitern. Aus dem Fortbestehen des Schuldverhältnisses ergiebt sich mit Nothwendigkeit das Fortbestehen der akzessorischen Rechte. Ein Vindikationslegat ist also auch hier nicht angenommen. Aehnliche, die Wirkungen der an sich eintretenden Vereinigung von Forderung und Schuld abschwächende Vorschriften hat der Entwurf in den §§ 499, 678, 1032, 1097, 1223, 1402, 1833. Möglich wäre es, im Wege der Fiktion dem Vermächtnißnehmer eine neue selbständige Forderung gegen den Erben in der Weise zu geben, daß der Gegenstand der Forderung als Gegenstand des Vermächtnißanspruches bezeichnet wird. Allein diese Umdeutung würde in mehrfacher Hinsicht nicht annehmbar sein; sie würde die Lage des Bedachten verschlechtern, weil dieser die akzessorischen Rechte verlieren müßte; sie würde unter Umständen auch dem Erben zum Nachtheile gereichen können, z. B. dann, wenn die vermachte Forderung begründeten Einwendungen ausgesetzt ist.

Konsolidation.

Für den Fall, daß ein anderes Recht des Erblassers vermacht ist, welches in Folge des Erbfalles durch Vereinigung aufgehoben wird (Konsolidation), ist eine Vorschrift nicht erforderlich. Die Vorschriften der §§ 835, 1187 genügen. Sollte eine Konsolidation noch in anderer Richtung eintreten können, so ist für diese etwas Besonderes nicht zu bestimmen.

Pfändung seitens der Gläubiger des Erben.

Durch die Vorschrift, daß die Forderung in Ansehung des Vermächtnisses als nicht erloschen anzusehen ist, wird ein relatives Nichterlöschen ausgedrückt; dies ist insofern von Bedeutung, als dadurch zugleich die Forderung der Pfändung seitens der Gläubiger des Erben entzogen ist.

§ 1867.

3. Anfall des Vermächtnisses.

Der Entwurf versteht unter Anfall des Vermächtnisses ebenso wie unter dem Anfalle der Erbschaft (vergl. § 2025), den vorläufigen Erwerb des Vermächtnißanspruches, d. h. denjenigen Erwerb, welcher durch Ausschlagung noch rückgängig gemacht werden kann (Abs. 1). Durch die letztwillige Verfügung wird erst eine Hoffnung begründet, welche als solche ohne rechtlichen Belang und folgerecht auch unvererblich ist. Zu einem Rechte wird die Hoffnung erst, wenn der Erblasser das Vermächtniß bis zu seinem Tode nicht widerrufen hat und von dem Vermächtnißnehmer überlebt worden ist. Das Recht besteht alsdann in dem Vermächtnißanspruche oder dem Rechte auf Leistung, wenn das Vermächtniß unbedingt und der Vermächtnißnehmer eine bestimmte, zur Zeit des Erbfalles lebende oder eine zu dieser Zeit bereits empfangene Person ist. Liegt ein bedingtes Vermächtniß vor oder ist eine Person bedacht, welche zur Zeit des Erbfalles noch nicht empfangen ist oder Jemand, dessen Persönlichkeit erst durch ein später eintretendes Ereigniß bestimmt wird, so besteht das Recht nur in einem von einem künftigen Thatumstande (Erfüllung der Bedingung, Geburt, Eintritt des die Person bestimmenden Ereignisses) abhängigen bedingten Forderungsrechte. Unter „Anfall“ könnte auch verstanden werden das stets an den Erbfall sich knüpfende Werden der Hoffnung zu einem

Rechte, mag dasselbe, wie in dem Regelfalle, ein festes Recht auf Leistung sein oder, wie in den Ausnahmefällen, in einem noch bedingten Forderungsrechte bestehen. Diese Terminologie ist abgelehnt, um mit der Terminologie für den Erbschaftserwerb im Einklange zu bleiben.

Würde von dem Anfalle des Vermächtnisses ganz geschwiegen, so würde der Entwurf zu einer großen Weitläufigkeit in den späteren Vorschriften genöthigt. Der Ausdruck „Anfall" findet sich fast in allen geltenden Rechten oder doch in der Theorie auch in Ansehung des Vermächtnisses; das gemeine Recht bedient sich wegen der Abhängigkeit des Vermächtnisses von dem Erwerbe der Erbschaft seitens des Beschwerten vorzugsweise der Ausdrücke „dies cedit" und „dies venit"[1]).

Alle neueren Rechte sind darin einig, daß Anfall und Erwerb des Vermächtnisses unabhängig sind von dem Erwerbe der Erbschaft seitens des eingesetzten Erben (vergl. § 1876 Abs. 1)[2]). Diesen zu folgen, ist daher unbedenklich.

Daß der Vermächtnißanspruch kraft des Gesetzes, vorbehaltlich der Ausschlagung, erworben wird, entspricht ebenfalls durchweg dem geltenden Rechte, selbst da, wo der Antretungserwerb bei der Erbschaft festgehalten ist[3]). Nur Mommsen § 374 bestimmt abweichend (vergl. dessen Mot. S. 384).

Ausnahmen.

Die Ausnahmen von der Regel, daß das Vermächtniß mit dem Erbfalle anfällt, enthält der zweite Absatz, während der dritte Absatz bestimmt, wie das Rechtsverhältniß in den Fällen des zweiten Absatzes sich gestaltet.

Bedingung.

Als eine solche Ausnahme ist zunächst im zweiten Absatze unter Nr. 1 erwähnt, daß dem Vermächtnisse eine aufschiebende Bedingung beigefügt und die Bedingung zur Zeit des Erbfalles noch nicht erfüllt ist. In einem derartigen Falle soll das Vermächtniß erst mit der Erfüllung der Bedingung anfallen. Dies entspricht dem § 128. Auf das mit dem Erbfalle für den Vermächtnißnehmer entstandene bedingte Recht würden an sich die §§ 132 bis 134 Anwendung zu finden haben. Allein die Anwendbarkeit des § 132 ist für die meisten Fälle durch die positive Vorschrift des § 1761 ausgeschlossen, da nach der Auslegungsregel des letzteren der Wille des Erblassers zu vermuthen ist, daß die Zuwendung unwirksam werde, wenn der Bedachte die Erfüllung der Bedingung nicht erlebe. Das Recht des unter einer aufschiebenden Bedingung Bedachten ist also unvererblich. Hat aber der Erblasser bestimmt, es sei nicht erforderlich, daß der Vermächtnißnehmer den Eintritt der Bedingung erlebe, so behauptet der § 132 seine Geltung (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 256). Abgesehen von den Rechten, welche, wie das preuß. A. L. R., eine dem § 1761 entsprechende Vorschrift nicht kennen, stimmt hiermit das

[1]) Windscheid § 642; Brinz § 427; Roth § 365; Dernburg § 143 bei Anm. 6, § 100 bei Anm. 4, Eccius § 276 Anm. 4; Unger § 62; Mommsen § 11 Abs. 2, §§ 373 ff.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 288, 279, Dernburg § 143, Eccius § 276 Anm. 1; österr. G. B. § 684; code civil Art. 1014; sächs. G. B. § 2426; Mommsen § 373; hess. Entw. Art. 286.

[3]) Windscheid § 642 Anm. 2, § 643; Brinz § 427; bayr. L. R. III, 6 § 10 Nr. 1; Roth § 365 Anm. 2, 3; preuß. A. L. R. I, 12 § 288; code civil Art. 1014; sächs. G. B. § 2426; österr. G. B. § 684; hess. Entw. Art. 186.

geltende Recht überein[1]). Daß die §§ 133, 134, 238 und für den bezeichneten besonderen Fall der § 132 für anwendbar erklärt werden (Abs. 3), kann entbehrlich erscheinen; die Aufnahme der Vorschrift entspricht aber der Wichtigkeit des Falles. Zweifel sind schon dann möglich, wenn das durch das Vermächtniß begründete Schuldverhältniß als eine Legalobligation angesehen wird. Der Entwurf spricht nicht aus, daß diese Auffassung die richtige sei. Da die Auffassung sich vielleicht anfechten läßt, so ist, um nicht die Rechtswissenschaft zu fesseln, an keiner Stelle ausdrücklich eine Entscheidung dieses Inhaltes gegeben. Würde die Vorschrift nicht aufgenommen, so könnte ferner das Mißverständniß Platz greifen, der Bedachte solle bis zur Erfüllung der Bedingung ebenfalls nur, wie vor dem Erbfalle, eine rechtlich belanglose Aussicht haben, während doch diese Aussicht oder Hoffnung sich in eine rechtlich geschützte Aussicht deshalb verwandeln muß, weil es nunmehr unmöglich geworden ist, daß der Erblasser seinen Willen noch ändere. Die Erwähnung des § 238 ist deshalb für angemessen erachtet, weil der § 238 in seinem zweiten Absatze das im ersten Absatze enthaltene Prinzip der Surrogation auch für das Zwischenstadium in Anwendung bringt, in welchem das von der Bedingung oder Betagung abhängige Forderungsrecht noch nicht entstanden ist (vergl. Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 47).

Von der Vererblichkeit zu reden, ist nicht erforderlich, auch nicht wohl thunlich, weil der Fall mit zu berücksichtigen ist, daß der unbedingte Vermächtnißanspruch an sich nicht vererblich ist. Wenn der § 1810 davon spricht, daß der eingesetzte Nacherbe den Erblasser überlebt, aber den Fall der Nacherbfolge nicht erlebt habe, so hat dies seinen Grund darin, daß bei der Nacherbschaft der Schwebezustand unter Heranziehung der Vorschriften über den Nießbrauch näher geregelt ist, und demgegenüber die Vererblichkeit des Rechtes des Nacherben besonders zu berücksichtigen war.

Befristung.

Das gemeine Recht[2]) und das sächs. G. B. § 2426 erwähnen neben der Bedingung die Befristung für den besonderen Fall, daß einem Vermächtnisse ein Anfangstermin beigefügt ist, bis zu dessen Eintritte das Entstehen der rechtlichen Wirkung hinausgeschoben sein soll. In diesem Falle soll der Vermächtnißanspruch für den Vermächtnißnehmer ebenfalls erst mit dem Eintritte des Termines entstehen. Eine Vorschrift dieses Inhaltes ist nicht erforderlich. Der Fall, daß ein Erblasser in der vorausgesetzten Weise verfügt, ist ein so seltener, daß dessen Uebergehung im Gesetze gerechtfertigt erscheint. Dazu kommt, daß, wenn ein solcher Fall vorkommen sollte, ein Zweifel darüber nicht wohl obwalten kann, daß der Vermächtnißanspruch erst mit dem Eintritte des Anfangstermines zur Entstehung gelangen soll und kann.

Ebensowenig wird verkannt werden, daß für die Zeit nach dem Eintritte des Erbfalles alsdann die §§ 132, 133 Abs. 1, 4, § 134 Anwendung finden. Die

---

[1]) Vergl. für das gemeine Recht Windscheid § 642 Anm. 3, Brinz § 427 S. 403; Roth § 365 Anm. 6, zugleich für verschiedene Rechte beschränkten Geltungsgebietes; sächs. G. B. § 2426; Mommsen § 373; hess. Entw. Art. 286; für das österr. G. B. Unger § 62.

[2]) Windscheid § 642 Anm. 3; Roth § 365 Anm. 7.

Besorgniß, es werde in Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift die Regel des ersten Absatzes angewendet werden, erscheint unbegründet. Würde die Vorschrift aufgenommen, so könnte ihr leicht eine über ihren Zweck hinausgehende Tragweite beigelegt, insbesondere die Meinung erweckt werden, als sollten auch die Fälle einbezogen werden, in welchen der Erblasser einen dies incertus quando, certus an in dem Sinne gesetzt hat, daß der Bedachte ihn erleben müsse und als sollten diese Fälle der Anwendung des § 1761 entzogen werden. Der Gedanke kann auch nicht so ausgedrückt werden, daß, wenn dem Vermächtnisse eine Bedingung oder Zeitbestimmung beigefügt ist, der Vermächtnißanspruch der gleichen Bedingung oder Befristung (Beschränkung) unterliege, die Vorschrift des § 1761 aber unberührt bleibe. Denn in Ansehung der befristeten Zuwendung ist kein Anlaß vorhanden, den seltenen Fall zu decken. In Ansehung der bedingten Zuwendung besteht aber ein begrifflicher Unterschied zwischen dem bedingten Erwerbe eines unbedingten Anspruches und dem durch die letzterwähnte Fassung an die Stelle gesetzten unbedingten Erwerbe eines bedingten Anspruches. Zudem würde eine solche Fassung nicht im Einklange stehen mit dem Begriffe des Anfalles; denn der bedingte Anspruch ist noch nicht der Vermächnißanspruch.

Anfall an eine noch nicht empfangene Person rc.

Das Recht, welches in den beiden im zweiten Absatze unter Nr. 2 und 3 bezeichneten Fällen entsteht, nämlich wenn eine noch nicht empfangene Person oder Jemand, dessen Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfalle eintretendes Ereigniß bestimmt wird, bedacht ist, ist nach der Natur der Dinge nicht vererblich.

Die Nothwendigkeit der beiden Ausnahmen von der Regel, daß der Vermächtnißanspruch mit der Zeit des Erbfalles entsteht, kann an sich keinem Zweifel unterliegen; sie ergiebt sich, nachdem in den §§ 1758, 1808 zugelassen ist, solche Personen zu bedenken. Für angemessen ist erachtet, in Ansehung der Zuwendungen an solche Personen für die Zeit nach dem Erbfalle die §§ 133, 134, 238 für anwendbar zu erklären (Abs. 3). Denn, wenn es auch nicht zweifelhaft ist, daß ein Unterschied besteht zwischen einer aufschiebend bedingten Zuwendung und der Zuwendung an eine noch nicht existirende Person oder an Jemanden, dessen Persönlichkeit erst durch ein nach dem Erbfalle eintretendes Ereigniß bestimmt wird, so steht doch eine Zuwendung an diese Person oder Persönlichkeit einer Zuwendung unter einer aufschiebenden Bedingung insofern nahe, als die Wirksamkeit dieser Verfügung davon abhängt, daß die Person geboren wird oder das Ereigniß eintritt, durch welches die Persönlichkeit bestimmt wird. Der an den § 2026 Abs. 1 in der Fassung sich anschließende Zusatz zu der Nr. 2, daß, wer zur Zeit des Erbfalles empfangen war, als schon vor dem Erbfalle geboren anzusehen ist, ist deshalb erforderlich, weil die Aufnahme des allgemeinen Satzes „nasciturus pro jam nato habetur" nicht zulässig erscheint (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 29 und zum § 1758 S. 11). In dieser Beziehung den nasciturus ebenso wie eine zur Zeit des Erbfalles noch nicht empfangene Person zu behandeln, geht nicht an. Dem geltenden Rechte ist eine solche Gleichstellung unbekannt. Dazu kommt, daß die Gleichstellung dem muthmaßlichen Willen des Erblassers nicht gerecht werden würde, da nicht anzunehmen ist, daß der Erblasser, welcher einen

nasciturus bedenkt, diesem die Früchte der Zwischenzeit vorenthalten will. Bei der Gleichstellung würde sich aber, abgesehen von anderen Unbilligkeiten und Verwickelungen, ein solcher Erfolg ergeben. Allerdings kann im einzelnen Falle streitig werden, ob der Bedachte zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles bereits als nasciturus vorhanden gewesen ist, und die Feststellung dieses Umstandes kann Schwierigkeiten begegnen. Diese Möglichkeit kann aber, wie zum § 1758 S. 11, 12 erörtert, nicht maßgebend sein, und zwar hier um so weniger, als für den Erbschaftserwerb mit dem geltenden Rechte eine Anerkennung des Satzes „nasciturus pro jam nato habetur" nicht zu umgehen ist (vergl. § 2026). Der Zusatz setzt als selbstverständlich voraus, daß die zur Zeit des Erbfalles bereits empfangene Person demnächst geboren worden ist; denn, wenn eine Person nicht geboren worden ist, so kann nichts anfallen.

Späteres Zukommen der Zuwendung.

Die Fälle, in welchen der Beschwerte zwar vorhanden ist, aber die Zuwendung, auf Grund deren die Beschwerung erfolgt ist, dem Beschwerten wegen einer beigefügten Bedingung oder Befristung erst später zukommt, als das Vermächtniß zu entrichten sein würde, bedürfen keiner besonderen Regelung. Insbesondere ist nicht für diese Fälle zu bestimmen, daß der Bedachte mit dem Anfalle eine vererbliche rechtliche Aussicht auf den Vermächtnißanspruch erhalte, der Vermächtnißanspruch selbst aber erst zur Entstehung gelange: wenn ein Nacherbe beschwert ist, mit dem Eintritte der Nacherbfolge, wenn ein Vermächtnißnehmer beschwert ist, mit dem Anfalle des diesem Zugewendeten. Für eine solche Vorschrift läßt sich zwar geltend machen, daß eine Forderung ohne Schuldner nicht denkbar ist. Allein es würde nicht angemessen sein, durch eine derartige Vorschrift, zwischen dem Stadium des Erbfalles und demjenigen der Entstehung des Vermächtnißanspruches ein drittes Stadium, mit welchem die Vererblichkeit eintritt, einzuschieben. Ist eine Person, welcher eine aufschiebend bedingte oder betagte Zuwendung gemacht ist (und dies trifft in allen bezeichneten Fällen zu), mit einem Vermächtnisse beschwert, so ist auch das letztere Vermächtniß von der Bedingung oder Betagung abhängig und das vermachte Recht selbst mittelbar bedingt oder betagt. Dabei kann sich die Sachlage so gestalten, daß die Zuwendung an den Beschwerten eine bedingte, das ihm auferlegte Vermächtniß dagegen nur ein betagtes ist, und dies insbesondere dann, wenn nach dem § 1876 bei dem Wegfalle des unter einer Bedingung eingesetzten Nacherben oder Vermächtnißnehmers derjenige an die Stelle des Beschwerten tritt, welchem der Wegfall zu statten kommt. Immer aber genügen die allgemeinen Grundsätze.

§ 1868.

Ueberleben des Vermächtnißnehmers.

Der § 1868 bringt, im Anschlusse an den § 1752, zum Ausdrucke, daß das Vermächtniß unwirksam ist, wenn der Vermächtnißnehmer den Erblasser nicht überlebt. Dies entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte[1]).

[1]) Windscheid § 639 Anm. 7; Brinz § 427 S. 403; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 36, 43; sächs. G. B. § 2423; Unger § 61 bei Anm. c; Mommsen §§ 371, 373; hess. Entw. Art. 76.

§ 1869.

4. Zeitliche Begrenzung des Anfalles.

In Ansehung aller Vermächtnisse, welche nicht mit dem Erbfalle dem Bedachten anfallen, ist aus den Gründen, auf welchen der § 1813 beruht, eine dem § 1813 entsprechende zeitliche Begrenzung erforderlich, weil ohne eine solche Grenze die Anordnung von Vermächtnissen, welche die Beschwerten und deren Erben belasten, auf eine ungemessene Zeit zulässig sein würde, da nach dem § 1758 (vergl. § 1808 Abs. 2, § 1827), auch zur Zeit des Erbfalles noch nicht empfangene Personen und solche, deren Persönlichkeit sich erst durch ein nach dem Erbfalle eintretendes Ereigniß bestimmt, mit Vermächtnissen bedacht werden können. In Ansehung der Erbeinsetzung war die entsprechende zeitliche Begrenzung des § 1813 auf die Nacherbeinsetzung zu beschränken, weil nach dem § 1758 bei Hinausschiebung des Anfalles der Erbschaft nach dem Erbfalle nur die Einsetzung zum Nacherben zulässig ist. Die Beschränkung des § 1869 umfaßt dagegen alle Vermächtnisse, welche nach dem § 1867 Abs. 2 erst nach dem Erbfalle anfallen würden, insbesondere auch Nachvermächtnisse (§§ 1884, 1885) und die diesen hierin gleichstehenden, dem Vermächtnißnehmer auferlegten Vermächtnisse (Untervermächtnisse).

Diejenigen Vermächtnisse, welchen eine aufschiebende Bedingung beigefügt ist, und welche erst nach dem Erbfalle, nicht mit dem Tode des Beschwerten, anfallen, werden für unwirksam erklärt, wenn der Beschwerte und der Vermächtnißnehmer gestorben und seit dem Erbfalle dreißig Jahre verstrichen sind, bevor die Bedingung erfüllt ist (Abs. 1). Die Vorschrift trifft die Fälle, in welchen der Erbe oder der Vermächtnißnehmer mit einem bedingten Vermächtnisse beschwert ist, aber auch die Fälle eines sukzessiven Vermächtnisses, sofern die Bedachten bestimmte, zur Zeit des Erbfalles bereits empfangene Personen sind. Dabei kommt in Betracht, daß die Unwirksamkeit des einen Vermächtnisses nicht die des anderen nach sich zieht, sondern nach dem § 1876 nur ein Wechsel des Beschwerten bewirkt wird. Daß, abweichend von dem § 1813, auch der Tod des Vermächtnißnehmers in Betracht gezogen ist, und nicht lediglich der Tod des Beschwerten (dort des Vorerben), erscheint geboten, weil sonst der Fürsorge des Erblassers für eine mit ihm gleichzeitig existirende Person eine nicht gerechtfertigte Schranke gezogen werden würde. Die Verlängerung auf die Dauer des Lebens des Beschwerten ist beibehalten, weil eine nach dreißig Jahren eintretende Befreiung des noch lebenden Beschwerten (welcher — ebenso wie der Vorerbe — als eine mit dem Erblasser gleichzeitig existirende Person gedacht werden muß) von der Vermächtnißverbindlichkeit nicht gerechtfertigt sein würde.

Noch nicht Empfangene, u. s. w.

Für den Fall, daß eine zur Zeit des Erbfalles noch nicht empfangene Person oder Jemand, dessen Persönlichkeit durch ein erst nach dem Erbfalle eintretendes Ereigniß bestimmt werden soll, mit einem Vermächtnisse bedacht ist, wird eine erhebliche Einschränkung des § 1758 Abs. 2 bestimmt, welche sich jedoch durch den Zweck der zeitlichen Begrenzung rechtfertigt. Das Vermächtniß wird für unwirksam erklärt, wenn seit dem Erbfalle dreißig Jahre verstrichen sind, der Beschwerte gestorben und der Vermächtnißnehmer noch nicht empfangen oder das Ereigniß, durch welches er bestimmt werden soll, noch nicht eingetreten

ist (Abs. 2). Im Falle eines sukzessiven Vermächtnisses würde die beabsichtigte Wirkung nicht erreicht werden, wenn unter dem Beschwerten jeder verstanden wird, welcher mit einem der sich folgenden Nach- oder Untervermächtnisse beschwert ist. Der Schlußsatz wendet diesen Erfolg ab, indem er bestimmt, wer als der Beschwerte im Sinne dieser Vorschrift gelte. Die allgemeine Fassung trifft alle denkbaren Fälle eines sukzessiven Vermächtnisses, insbesondere auch das von dem Nachvermächtnisse schwer zu scheidende, sich wiederholende Untervermächtniß. Ohne diese Vorschrift würde, entgegen dem Zwecke, ein Vermächtniß auf unabsehbare Zeit dadurch wirksam auferlegt werden können, daß stets bei dem Tode des beschwerten Bedachten an einen anderen Bedachten anfallen soll; in diesem Falle wäre der Beschwerte immer noch nicht verstorben, wenn auch bereits sehr lange Zeit seit dem Erbfalle verstrichen ist.

Dagegen ist es nicht erforderlich, die Beschwerung auch dann für unwirksam zu erklären, wenn das einem Vermächtnißnehmer auferlegte Vermächtniß, mit welchem die Beschwerung verbunden ist, nach den Vorschriften des ersten Absatzes unwirksam ist. Zwar kann ein Vermächtnißnehmer auch unter einer erst lange nach dem Erbfalle sich entscheidenden aufschiebenden Bedingung dergestalt bedacht sein, daß er im Falle der Erfüllung der Bedingung ein Untervermächtniß an einen Dritten zu entrichten hat. In einem solchen Falle könnte aus dem § 1876 gefolgert werden, daß trotz der Unwirksamkeit des Hauptvermächtnisses das Untervermächtniß im Falle des Eintrittes der Bedingung von demjenigen zu erfüllen sei, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten zu statten kommt. Allein der bezeichnete Fall ist ein so seltener, daß eine gesetzliche Entscheidung desselben nicht erforderlich ist. Sollte einmal ein solcher Fall vorkommen, so wird zumeist die Sache so liegen, daß der Erblasser das Untervermächtniß nur für den Fall, daß das Hauptvermächtniß wirksam wird, gewollt hat. Für eine solche Auslegung läßt der § 1876 Raum, indem im ersten Absatze ausdrücklich ausgesprochen ist „sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt".

Einfacher hätte sich das Gesetz gestaltet, wenn auch der § 1812 für entsprechend anwendbar erklärt wäre. Dies ist jedoch nicht zulässig. Denn die entsprechende Anwendung des § 1812 würde, streng genommen, dazu führen, daß nur der Erbe mit Vermächtnissen, nicht aber der Vermächtnißnehmer so beschwert werden kann, daß er den vermachten Gegenstand demnächst weiter zu begeben hat. In dem letzteren Falle würde, wenn bei dem Nachvermächtnisse ein gleicher dinglicher Karakter wie bei der Nacherbeinsetzung unterstellt wird, bereits ein dritter Sukzessionswechsel in Ansehung des vermachten Gegenstandes eintreten. Dieses Ergebniß würde schon mit dem § 1756 in Widerspruch treten. Würde der § 1812 aber auch nur bei einer noch häufigeren Wiederholung des Nachvermächtnisses in Anwendung gebracht, so sprechen doch für eine derartige Beschränkung des Nachvermächtnisses nicht diejenigen Gründe, welche für die Beschränkung der Nacherbschaft durch den § 1812 maßgebend gewesen sind. Denn die letztere Vorschrift beruht darauf, daß die mehrfache Nacherbeinsetzung einen mehrfachen kraft des Gesetzes eintretenden Wechsel in der Gesammtnachfolge und damit unabsehbare Verwickelungen herbeiführt.

§§ 1870—1872.

5. Anwachsung.

Die Anwachsung bei Vermächtnissen ist an dieser Stelle geordnet, und zwar nicht unter Verweisung auf die Anwachsung unter den durch letztwillige Verfügung eingesetzten Miterben (§§ 1797—1799), weil sich bei dem Vermächtnisse insofern besondere Gesichtspunkte geltend machen, als nicht allein mit dem muthmaßlichen Willen des Erblassers zu rechnen ist, sondern auch Fragen sich erheben, welche bei der Einsetzung von Miterben nicht vorkommen können. Dahin gehören insbesondere die Fragen, wie die Vermächtnißanordnung beschaffen sein muß, damit Anwachsung eintreten kann, ob, wenn die Anwachsung stattgefunden hat, der angewachsene Theil als ein selbständiges Vermächtniß zu gelten hat, u. s. w.

Anlehnung an das Ersatzvermächtniß.

Nicht für angemessen ist es erachtet, die Anwachsung durch Anlehnung an das Ersatzvermächtniß zu regeln, nämlich durch Aufstellung der Vermuthung, jeder Bedachte gelte als Ersatzvermächtnißnehmer in Ansehung der anderen Bedachten, sofern nicht ein entgegenstehender Wille des Erblassers erhelle, wenn derselbe Gegenstand mehreren Bedachten in der Weise zugewendet sei, daß der Einzelne mit einem Bruchtheile des Gegenstandes bedacht oder als bedacht anzusehen sei. Eine solche Regelung wäre ohne jeden Vorgang in der Gesetzgebung und würde erhebliche Abweichungen gegenüber dem geltenden Rechte zur Folge haben, wenn sie auch in der Hauptsache zu einem gleichen praktischen Ergebnisse führen mag als die bisher übliche Gestaltung.

§ 1870.

a) Voraussetzungen.

Nach dem Entwurfe (vergl. § 320) sind Forderungen im Zweifel stets als reell getheilt anzusehen, soweit nicht untheilbare Leistungen in Frage stehen (§§ 339—341). Dies gilt ebenso von dem Vermächtnißanspruche auf eine Menge vertretbarer Sachen (vergl. § 1846 Abs. 2), jedoch kann in dem letzteren Falle nur eine Zuwendung nach Antheilen, nicht nach Bruchtheilen in Frage kommen.

Indem als Voraussetzung der Anwachsung aufgestellt wird (Abs. 1) „mit einem und demselben Gegenstande . . . bedacht", erhellt, daß, soweit eine Realtheilung angeordnet ist, Anwachsung nicht stattfindet. Ob eine Realtheilung vorliegt oder gewollt ist, muß sich aus den Umständen des Falles ergeben. Die vielleicht noch deutlichere Fassung „Zuwendung eines und desselben Gegenstandes nach Bruchtheilen" würde insofern zu eng sein, als zu berücksichtigen ist, daß ein Recht mehreren Personen gemeinschaftlich zugewendet werden kann, ohne daß Gemeinschaft nach Bruchtheilen stattfindet (vergl. §§ 762, 946, 827 und Anm. zum § 827). Die Fassung lehnt sich daher an den § 1796 an, jedoch mit Weglassung des Wortes „zusammen", welches an sich nicht nothwendig ist und dessen Einfügung das Mißverständniß hervorrufen könnte, es sei unter allen Umständen eine conjunctio re et verbis im Sinne des gemeinen Rechtes erforderlich.

Die weitere Voraussetzung, daß das Vermächtniß in Ansehung eines der Vermächtnißnehmer unwirksam ist oder wird, weicht von einigen geltenden Rechten, z. B. preuß. A. L. R. I, 12 § 366, hess. Entw. Art. 154 mit 134,

welche von „nicht erwerben (annehmen) können oder wollen“ sprechen, deshalb ab, weil auch der Fall zu treffen ist, in welchem die Zuwendung an einen der Bedachten ungültig ist.

Die Rechtsnorm „auch mit demjenigen . . ., was der wegfallende Vermächtnißnehmer erhalten sollte . . ., als bedacht anzusehen“ macht zugleich erkennbar, daß auch diejenigen Fälle einbezogen sind, in welchen die Zuwendung an den Wegfallenden ungültig ist, oder in welchen dieselbe in Folge der Erfüllung einer beigefügt gewesenen auflösenden Bedingung unwirksam wird. Eine Fassung, „daß die übrigen Bedachten als allein bedacht anzusehen seien“, erscheint ungeeignet, weil sie die Annahme nahe legen würde, es solle im Falle der Ausschlagung seitens eines der Bedachten ein neuer besonderer Anfall an die übrigen nicht stattfinden, und damit auf das Nichtabwachsungsrecht als juristische Konstruktion hingewiesen werden. Diese besondere Gestaltung kann zwar der Erblasser gewollt haben. Der Regel nach wird er muthmaßlich nur die Zuwendung eines Antheiles wollen, durch die Verbindung der mehreren Bedachten aber erkennen lassen, daß, wenn einer der Bedachten wegfallen sollte, dessen Antheil den übrigen zukommen soll. In einem solchen Falle tritt der Anfall an die übrigen Bedachten erst mit der Ausschlagung des Mitbedachten ein, nur wird derselbe nach dem § 1873 Abs. 3 wegen der Mitanziehung des § 2042 Abs. 2 Satz 2 auf die Zeit des Erbfalles zurückbezogen. Auf dieser Auffassung beruht auch der § 1800. Daß die Anwachsung nach Verhältniß der den Betreffenden an dem Vermächtnisse zustehenden Antheile erfolgt, entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte[1]).

Engere Anwachsung.

Ueber die engere Anwachsung ist in Anlehnung an den § 1803 bestimmt (Abs. 2).

Das Wort „Anwachsung“ macht der § 1870 zu einem terminologischen. Der Ausdruck ist in der Rechtssprache üblich und die Aufnahme zweckmäßig, auch unbedenklich, da damit nicht der der Rechtswissenschaft zu überlassenden Konstruktion vorgegriffen wird.

Das geltende Recht stimmt, soweit nicht auf die von dem Entwurfe abgelehnte Unterscheidung zwischen der conjunctio re et verbis und der conjunctio nur re oder nur verbis verschiedene Entscheidungen gegründet werden, in der Hauptsache mit dem Entwurfe überein[2]).

§ 1871.

b) Ausschließung der Anwachsung.

In Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte[3]) wird ausgesprochen, daß der Erblasser die Anwachsung ausschließen kann (Abs. 1).

[1]) Windscheid § 644 Anm. 7, 8; Brinz § 427 Anm. 63; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 369, 370, Eccius § 276 Anm. 20; u. A.

[2]) Windscheid § 644; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 366—371; code civil Art. 1044, 1045; sächs. G. B. §§ 2431—2436, Mommsen §§ 379—382; hess. Entw. Art. 154, 134.

[3]) Windscheid § 644 Anm. 6; Roth § 380 Anm. 40; preuß. A. L. R. I, 12 § 372, Eccius § 276 Anm. 22; Unger § 63 bei Anm. e; sächs. G. B. § 2436; Mommsen § 381; u. A.

Bestimmung der Antheile.

Im Anschlusse an das preuß. A. L. R. oder doch die herrschende Meinung in Theorie und Praxis dieses Rechtes[1]), aber abweichend von dem gemeinen Rechte und anderen Rechten[2]), wird ferner vorgeschrieben (Abs. 2 Satz 1), daß darauf kein Gewicht zu legen ist, ob der Erblasser die Antheile ausdrücklich bestimmt hat, daß vielmehr die Anwachsung auch im letzteren Falle nicht ausgeschlossen ist. Der zweite Satz dieses Absatzes stellt klar, im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte[3]), daß die Anwachsung zwar in der Regel durch die Ersatzberufung ausgeschlossen wird, daß sie aber zur Geltung gelangt, wenn die Ersatzberufung selbst unwirksam ist oder unwirksam wird.

Verhältniß zur Ersatzberufung.

§ 1872.

c) Beschwerung des angewachsenen Theiles.

Daß in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, mit welchen die mit einem und demselben Gegenstande bedachten Vermächtnißnehmer beschwert sind, ein angewachsener Theil als ein besonderes Vermächtniß anzusehen ist, stimmt im Wesentlichen überein mit dem preuß. A. L. R. I, 12 § 371 verb. mit § 287[4]), mit dem österr. G. B. § 650 und Mommsen § 382 verb. mit § 243. Die Vorschrift weicht aber ab von dem gemeinen Rechte[5]) und dem sächs. G. B. §§ 2431, 2432, welche unter Umständen ohne die Beschwerung anwachsen lassen. Für die letztere Auffassung dürften sich genügende Gründe nicht geltend machen lassen.

§ 1873.

6. Annahme und Ausschlagung.

Ueber die Ausschlagung und Annahme des Vermächtnisses bestimmt der § 1873. Aus der Vorschrift, daß der Vermächtnißnehmer das Vermächtniß ausschlagen kann, solange er dasselbe noch nicht angenommen hat (Abs. 1), erhellt, daß die Ausschlagung nicht, wie bei der Ausschlagung der Erbschaft (§ 2030), an eine gesetzliche Frist gebunden ist. Nur bei der Erbschaft besteht ein Interesse des allgemeinen Verkehres, die Ausschlagungsfrist zu beschränken. Andererseits wird ausgedrückt, daß, da es sich um nicht formalisirte Erklärungen handelt, die ausdrückliche Annahme oder, was dem gleichsteht, eine stillschweigende Annahme die Ausschlagungsbefugniß beseitigt.

Erklärung gegenüber dem Beschwerten.

Die Vorschrift, daß die Erklärung sowohl der Annahme als der Ausschlagung gegenüber dem Beschwerten zu erfolgen hat (Abs. 2), soll den hervor-

[1]) Präj. des Ob. Trib. Nr. 1235 v. 19. Dezember 1842, Eccius § 276 Anm. 19, Dernburg § 135 Anm. 14.

[2]) Windscheid § 644 Anm. 13; vergl. jedoch Unger § 63 Anm. 5 und dessen Zitate; sächs. G. B. § 2434; code civil Art. 1044 Abs. 2; u. A.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 366; sächs. G. B. § 2436; österr. G. B. § 689; Mommsen § 381.

[4]) Vergl. Koch, Erbrecht S. 1114 bei Anm. 6.

[5]) Windscheid § 644 Anm. 15.

getretenen Zweifel[1]) beseitigen, als könnte auch die gegenüber Unbetheiligten abgegebene Erklärung als zureichend angesehen werden. Damit wird zugleich die Vorschrift des § 74 anwendbar. Es wird nicht zweifelhaft sein, daß (wie in allen Fällen des § 74; vergl. Motive zum Allg. Th. S. 157) die stillschweigende Erklärung erst dann wirksam ist, wenn sie zur Kenntniß des Beschwerten gelangt ist. Beigefügt ist die Entscheidung, daß die Ausschlagung nicht vor dem Erbfalle erfolgen kann (Satz 2). Bei der obligatorischen Natur des Vermächtnisses ist eine weitergehende Beschränkung der Ausschlagung, wie sie der § 2033 für die Erbschaft bestimmt, nicht erforderlich.

Erklärung nicht vor dem Erbfalle.

Von den Vorschriften über die Annahme und Ausschlagung der Erbschaft sind nur einzelne für anwendbar erklärt (Abs. 3). Dieselben sind hier näher zu prüfen. Der erste Absatz des § 2028 ist bereits durch den ersten Absatz des § 1873 gedeckt und daher nicht zu erwähnen. Die Vorschriften des § 2028 Abs. 2, 3, welche zur Voraussetzung haben, daß der Erbe nach dem Anfalle stirbt, erscheinen erst für das Vermächtniß angemessen und sind deshalb für entsprechend anwendbar erklärt. Der § 2029 ist nicht für entsprechend anwendbar erklärt, weil, wenn auch die stillschweigende Willenserklärung bei der Annahme des Vermächtnisses nicht ausgeschlossen ist, eine solche doch, abweichend von dem § 2029, erst wirksam wird, wenn sie zur Kenntniß des Beschwerten gekommen ist. Die §§ 2030—2032 eignen sich nicht zur Uebertragung auf das Vermächtniß, theils, weil kein Anlaß vorliegt, auch für das Vermächtniß eine gesetzliche Ausschlagungsfrist zu bestimmen (Abs. 1), theils, weil eine Formalisirung der Ausschlagungserklärung nicht am Platze sein würde, nachdem für das Vermächtniß (Abs. 2) nur Erklärung gegenüber dem Beschwerten vorgeschrieben ist. Die Vorschriften des § 2033 sind für das Vermächtniß durch die Schlußvorschrift des zweiten Absatzes des § 1873 ersetzt. Der § 2034 bleibt, weil er die Ausschlagung seitens des als Erbe beschränkten, beschwerten oder belasteten Pflichttheilsberechtigten betrifft, hier außer Betracht. Die §§ 2035, 2036 passen auch für das Vermächtniß. Die Anwendung des § 2037 (Annahme oder Ausschlagung eines Erbtheiles aus demselben Berufungsgrunde oder verschiedener Erbtheile aus verschiedenen Berufungsgründen) würde nicht zu angemessenen Ergebnissen führen. Zwischen verschiedenen Vermächtnissen besteht nicht ein ähnlicher Zusammenhang wie zwischen mehreren Erbtheilen desselben Erben. Daß von mehreren Vermächtnissen das eine angenommen, das andere ausgeschlagen werden kann, bestimmt der vierte Absatz des § 1873. Im Falle der Anwachsung von Antheilen desselben Vermächtnisses kann der anwachsende Vermächtnißtheil nicht besonders angenommen oder ausgeschlagen werden; dies ergiebt sich aus der Anziehung des § 2036 in Verbindung mit dem § 1872; der letztere trägt Sorge, daß die Haftung desjenigen, welchem der Antheil anwächst, durch die Anwachsung nicht erschwert wird. Nicht anwendbar ist der § 2038, welcher die Ausschlagung einer Erbeinsetzung aus einer Verfügung von Todeswegen und die Annahme als gesetzlicher Erbe zuläßt, und für den Fall bestimmt, daß der

Anwendbarkeit gewisser Vorschriften über Annahme und Ausschlagung der Erbschaft.

[1]) Vergl. Mommsen's Mot. S. 384.

Erbe zugleich durch Vertrag und durch letztwillige Verfügung berufen ist. Die Vorschriften sind für das Vermächtniß von keiner Bedeutung. Der § 2039 betrifft die Unwiderruflichkeit der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft. Die entsprechende Anwendung der Vorschrift kann keinem Bedenken unterliegen. Die §§ 2040, 2041, welche sich auf die Anfechtung der Ausschlagung beziehen, für anwendbar zu erklären, ist theils unnöthig, da die Vorschriften der §§ 103, 104, 112 für das Vermächtniß genügen, theils würde die Anwendung zu einem unrichtigen Ergebnisse führen. Denn für das Vermächtniß muß auch der § 103 Abs. 2 Anwendung finden, weil die Erklärung gegenüber dem Beschwerten abzugeben ist. Die Vorschriften des § 2042 Abs. 1, 2 Satz 1, 2 über die Wirkungen der Ausschlagung sind auch in Ansehung des Vermächtnisses für entsprechend anwendbar zu erklären. Der Hinweis auf die wichtige Rückbeziehung der Wirkung der Ausschlagung auf den Eintritt des Erbfalles und die Vorschrift über den Anfall an den weiter Berufenen sind auch bei dem Vermächtnisse nicht zu entbehren. Nicht zur Uebertragung geeignet ist der dritte Satz des Abs. 2, welcher die Mittheilung von der Ausschlagung an den weiter Berufenen seitens des Nachlaßgerichtes vorschreibt, da die Ausschlagung nicht gegenüber dem Nachlaßgerichte zu erklären ist. Der § 2043 bestimmt das Erforderniß der Genehmigung des vormundschaftlichen Gerichtes zur Ausschlagung der Erbschaft, wenn der Berufene unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht. Die entsprechende Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf das Vermächtniß führt zu einem befriedigenden Ergebnisse. Die Ausnahmevorschrift des § 2044 in Ansehung der Ausschlagung seitens des Inhabers der elterlichen Gewalt eignet sich mit Rücksicht auf die Gründe, auf welchen die Vorschrift beruht, nicht zur Uebertragung auf das Vermächtniß.

Der Entwurf stimmt im Wesentlichen mit dem geltenden Rechte überein[1]). Indessen ist das geltende Recht in dieser Hinsicht sehr dürftig, wohl, weil die hier möglichen Zweifel sich in der Praxis kaum fühlbar machen.

Aufschiebend betagte Vermächtnisse.

Mit der für das gemeine Recht vertretenen Ansicht[2]) zu bestimmen, daß aufschiebend betagte Vermächtnisse nicht vor Eintritt des bestimmten Zeitpunktes angenommen oder ausgeschlagen werden können, würde nicht angemessen sein. Ist das Vermächtniß in der Weise betagt, daß die Entstehung des Vermächtnißanspruches bis zu dem Eintritte des gesetzten Termines hinausgeschoben wird, so ergiebt sich dasjenige, was zu bestimmen sein würde, schon aus der Schlußvorschrift des zweiten Absatzes. Ist aber nur die Geltendmachung, nicht die Entstehung des Vermächtnißanspruches durch die Betagung hinausgeschoben, so ist nicht ersichtlich, weshalb es, abweichend von den allgemeinen Grundsätzen, dem Bedachten nicht gestattet werden sollte, die auf die Ausschlagung oder Annahme gerichtete Erklärung in der Zeit zwischen dem Eintritte des Erbfalles und dem Fälligkeitstermine abzugeben.

[1]) Windscheid § 643; Eccius § 276 S. 673, 674, Dernburg § 143 Anm. 6 bis 10; Unger § 62; sächs. G. B. §§ 2427—2430; Mommsen §§ 374—377; hess. Entw. Art. 342 mit Art. 343 ff.

[2]) Vergl. Windscheid § 643 Anm. 4; Roth § 365 Anm. 14; Eccius § 276 Anm. 10.

Entsprechend einer Mehrzahl der geltenden Rechte[1]) ist bestimmt, daß der Vermächtnißnehmer von mehreren Vermächtnissen das eine annehmen, das andere ausschlagen kann (Abs. 4). Entbehrlich ist es hingegen, auszusprechen, daß von mehreren Erben des Vermächtnißnehmers der eine den ihm nach Verhältniß seines Erbtheiles zukommenden Antheil annehmen, der andere den ihm zukommenden Antheil ausschlagen kann, nachdem im dritten Absatze der § 2028 Abs. 3 für entsprechend anwendbar erklärt ist.

Mehrere Vermächtnisse.

Mehrere Erben des Bedachten.

§ 1874.

Die Voraussetzungen der Unwürdigkeit und den Einfluß der Verzeihung verschieden zu bestimmen für die Erbschaft und für das Vermächtniß, wie dies im gemeinen Rechte geschehen ist[2]), fehlt es an jedem Anlasse. Dem Fiskus gegenüber dem unwürdigen Vermächtnißnehmer Rechte zu gewähren, welche ihm gegenüber dem unwürdigen Erben nicht zugestanden werden, besteht kein Grund. Die Wirkung der Unwürdigkeit ist hingegen bei dem Vermächtnisse in gleicher Weise bestimmt, wie in Ansehung des Pflichttheilsanspruches (§ 2049); die Folge der Unwürdigkeit tritt kraft des Gesetzes ein, nicht wie bei dem Erwerbe der Erbschaft auf Grund einer Anfechtung (§§ 2046, 2047). Für diese Entscheidung ist maßgebend, daß der Vermächtnißanspruch wie der Pflichttheilsanspruch (§§ 1975, 1976) nur obligatorische Rechte gewährt.

7. Unwürdigkeit des Vermächtnißnehmers.

§ 1875.

Die Aufnahme der an die Mehrzahl der geltenden Rechte[3]) sich anschließenden Vorschrift, daß die Unwirksamkeit eines Vermächtnisses dem Beschwerten zu statten kommt, unbeschadet der Vorschriften über Ersatzberufung und Anwachsung, ist wegen der praktischen Erheblichkeit der Entscheidung rathsam. In Ermangelung der Vorschrift würde aus dem Entwurfe noch nicht mit hinreichender Deutlichkeit hervorgehen, daß der Beschwerte es ist, welchem der Wegfall des Vermächtnisses zu statten kommt. Insbesondere wäre sonst auf Grund des § 1791 die Schlußfolgerung möglich, die gesetzlichen Erben, nicht der Beschwerte, und bei dem Wegfalle eines Untervermächtnisses der eingesetzte Erbe sollten den Vortheil aus dem Wegfalle erlangen.

8. Unwirksamkeit.

§ 1876.

Nach dem gemeinen Rechte ist das Vermächtniß in der Regel abhängig von dem Erwerbe der Erbschaft seitens des eingesetzten Erben[4]). In dieser

9. Wegfall des Beschwerten.

[1]) Brinz § 427 Anm. 55, 56; Dernburg § 143 Anm. 10, Eccius § 276 Anm. 12; Unger § 62 Anm. 5; sächs. G. B. § 2429; Mommsen § 376 Abs. 1, § 377; hess. Entw. Art. 350 Abs. 2.

[2]) Windscheid § 670 Anm. 1, 4, 5, § 671 Anm. 1—6, 8; Brinz § 396; Roth § 382 V.

[3]) Windscheid § 644 Anm. 2; Unger § 63 Anm. 1; preuß. A. L. R. I, 12 § 366; code civil Art. 1043; sächs. G. B. § 2424; Mommsen § 372.

[4]) Windscheid § 641; Brinz § 429 S. 431, 432; u. A.

Beziehung weicht der Entwurf (vergl. S. 178) ab, indem bestimmt wird, das Vermächtniß werde, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt, nicht dadurch unwirksam, daß der Beschwerte nicht Erbe oder nicht Vermächtnißnehmer wird (Abs. 1 Satz 1). Im Uebrigen stimmt diese Vorschrift sowie die, daß mit dem wirksam bleibenden Vermächtnisse derjenige als beschwert anzusehen ist, welchem der Wegfall des zunächst Beschwerten zu statten kommt (Satz 2), mit dem geltenden Rechte überein[1]). Verdeutlicht wird die Anwendung des § 1787 in der hier in Frage kommenden Richtung auf Grund der Stellung des Entwurfes zu dem Grundsatze „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest“ und auf Grund der Gleichstellung der Testamentsformen für Vermächtniß und Erbeinsetzung. Nach dem § 1976 entfällt für den Entwurf auch der Einfluß des Pflichttheilsrechtes auf die Rechtsbeständigkeit der letztwilligen Verfügung. Es bleibt nunmehr eine Thatfrage oder eine Frage der Willensauslegung, ob die Unwirksamkeit oder Entkräftung der Zuwendung an den Beschwerten auf den Bestand der in der Beschwerung enthaltenen Zuwendung von Einfluß sein soll. Demgemäß bedarf es eines weiteren Hinweises nicht, daß im einzelnen Falle zuzusehen ist, ob der Grund der Unwirksamkeit der Zuwendung an den Beschwerten das Vermächtniß gleichfalls unwirksam machen soll. Dieser Hinweis ist ohnehin schon in dem Zusatze „sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt“ enthalten.

Die Fassung läßt erkennen, daß auch dann, wenn die letztwillige Verfügung keine Erbeinsetzung enthält und demgemäß der gesetzliche Erbe beschwert ist, die Vorschrift Anwendung findet. Die Worte „zu statten kommt“ am Schlusse des ersten Absatzes sind im rein rechtlichen, nicht im ökonomischen Sinne zu verstehen; es kommt also nicht darauf an, ob der Erwerb einen Vermögensvortheil verschafft oder ob dies deshalb nicht der Fall ist, weil die Beschwerungen oder die etwa auf dem Erbtheile oder der Zuwendung ruhende Pflichttheilslast den Vermögensvortheil absorbiren. Deshalb die Worte „mit oder auch ohne einen vermögensrechtlichen Vortheil“ beizufügen, ist nicht erforderlich.

Beschränkung der Haftung.

Daß der Vermächtnißnehmer oder Untervermächtnißnehmer durch den Wegfall des zunächst Beschwerten keinesfalls größere Rechte erlangen kann, als er gegen den zunächst beschwerten Vermächtnißnehmer oder Erben, wenn dieser Vermächtnißnehmer oder Erbe geworden wäre, gehabt haben würde, verdeutlicht noch der zweite Absatz. Insbesondere ist also der Erbe, welcher einer ihm auferlegten Vermächtnißverpflichtung durch Wegfall des Bedachten ledig wird, den Untervermächtnißnehmern des Weggefallenen, welchen er nach dem ersten Absatze verhaftet bleibt, nicht über den Betrag des beschwerten Vermächtnisses hinaus verpflichtet. Es erscheint zweckmäßig, dies ausdrücklich hervorzuheben, mit Rücksicht darauf, daß der Vermächtnißanspruch nur obligatorische Verpflichtungen hervorruft.

---

[1]) Windscheid § 639 Anm. 8—11; bayr. L. R. III, 3 § 29; Roth § 338 Anm. 33; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 277—280, 367; sächs. G. B. § 2395, vergl. § 2388; Unger § 55 Anm. 7; Mommsen § 346; hess. Entw. Art. 290.

Weshalb der Entwurf nicht mit dem preuß. A. L. R. I, 12 § 367 dem Erben das Recht gewährt, dem Untervermächtnißnehmer das ihm angefallene Vermächtniß zu überlassen, davon wird zum § 1881 die Rede sein.

§§ 1877—1882.

V. Rechtsverhältniß des Vermächtnißnehmers.

Daß die allgemeinen Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse auch auf diejenigen Schuldverhältnisse Anwendung zu finden haben[1]), welche dem Gebiete des Erbrechtes angehören, ist selbstverständlich. Die Frage kann sich jedoch erheben, ob gewisse Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse für nicht anwendbar auf den Vermächtnißanspruch zu erklären seien.

Als solche, in Ansehung deren ein Zweifel möglich ist, treten in den Vordergrund die §§ 244, 250. Der § 244 betrifft die Haftung von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an für den Fall, daß eine bestimmte Sache herauszugeben ist; er sieht aber nur vor, soweit nicht aus dem Schuldverhältnisse oder dem Verzuge des Schuldners zu Gunsten des Gläubigers ein Anderes sich ergiebt. Seine Anwendbarkeit auf den Vermächtnißanspruch läßt sich nicht wohl deshalb bezweifeln, weil der § 244 nur auf die Herausgabe fremder Sachen sich beziehe. Eine so beschränkte Auslegung des § 244 ist nicht veranlaßt (vergl. Motive zum Rechte d. Schuldverh. S. 55). Es würde auch nicht angemessen sein, den § 244 von der Anwendbarkeit ausdrücklich auszuschließen. Denn, obschon bei dem Vermächtnißanspruche die Voraussetzung der Beschränkung „soweit nicht aus dem Schuldverhältnisse oder dem Verzuge des Schuldners zu Gunsten des Gläubigers ein Anderes sich ergiebt" nicht zutreffen möchte, so hat die Vorschrift doch insofern für den Vermächtnißanspruch Bedeutung, als von der Klagerhebung an ein entschuldbarer Irrthum des Vermächtnißnehmers über das Bestehen des Anspruches dann nicht mehr angenommen werden kann, wenn später die Verurtheilung erfolgt. Der § 250, nach welchem der Schuldner vom Beginne des Verzuges an wegen jeder Fahrlässigkeit haftet, auch wenn er vorher in beschränktem Umfange haftbar war, könnte für das Erbrecht gegenstandslos erscheinen, weil der Beschwerte ohnehin für jede Fahrlässigkeit haftet. Die Vorschrift deshalb für nicht anwendbar zu erklären, erscheint weder nothwendig noch angemessen[2]).

§ 1877.

1. Erfüllung des Vermächtnißanspruches.

Ueber die Erfüllung des Vermächtnißanspruches bestimmt der § 1877. Besondere Vorschriften über die Zeit, zu welcher der mit einem Vermächtnisse beschwerte Erbe zu leisten hat, sind entbehrlich. Nach den allgemeinen Grundsätzen (§ 231 Abs. 1) würde der Vermächtnißnehmer berechtigt sein, die Leistung alsbald nach dem Anfalle des Vermächtnißanspruches zu fordern. Hierbei kann

---

[1]) Windscheid § 647; Unger § 64 Abs. 2; code civil Art. 1014; Mommsen §§ 386, 387 (dessen Mot. S. 390—392).

[2]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Windscheid § 647; Unger § 64 Abs. 2; code civil Art. 1014; Mommsen §§ 386, 387 (dessen Mot. S. 390—392).

es nicht sein Bewenden behalten. Die Rechtsstellung des Erben (§§ 2025 ff.) nöthigt dazu, das Verhältniß wie in Ansehung der Gläubiger des Erblassers so auch in Ansehung der Vermächtnißnehmer zu regeln. Besondere Vorschriften in Ansehung des Anspruches des Vermächtnißnehmers sind aber wegen des § 2092 Abs. 2, nach welchem die Vermächtnißnehmer als Nachlaßgläubiger anzusehen sind, in Verbindung mit dem § 2057 nicht erforderlich.

Einige Rechte geben dem Beschwerten allgemein eine angemessene Erfüllungsfrist (modicum tempus), deren Dauer bald im richterlichen Ermessen steht, bald fest bestimmt ist (ein Jahr oder einen Monat nach dem Tode des Erblassers)[1]. Eine Frist von gleicher Dauer für alle Fälle ist unzweckmäßig. Auf das richterliche Ermessen zu verweisen, würde für den Entwurf nicht angemessen sein, da eine amtliche Nachlaßregulirung nicht für alle Fälle vorgeschrieben ist (vergl. §§ 2058 ff.). Demgemäß verdient es den Vorzug, von einer Vorschrift dieses Inhaltes abzusehen.

Beschwerter Vermächtnißnehmer.

Für den Fall, daß ein Vermächtnißnehmer mit einem Vermächtnisse beschwert wurde, ist dagegen die Vorschrift, daß die Erfüllung nicht eher gefordert werden kann, als bis der Beschwerte die Leistung, mit welcher er bedacht ist, zu fordern berechtigt ist, nicht zu entbehren. Die Worte „nicht eher“ weisen darauf hin, daß der letzte Wille eine spätere Fälligkeit ergeben kann[2]. Die Fälligkeit des Anspruches des Untervermächtnißnehmers von der weiteren Voraussetzung abhängig zu machen, daß der beschwerte Vermächtnißnehmer die Zuwendung angenommen habe, erscheint nicht zulässig. Darin läge eine Härte gegenüber dem Untervermächtnißnehmer, welchem der Beweis der Annahme auferlegt würde, während nach der Natur der Sache der beschwerte Vermächtnißnehmer die Ausschlagung darzuthun hat, um sich von dem Anspruche des Untervermächtnißnehmers zu befreien. Auch würde der Beweis der Annahme unter Umständen mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein, weil die Annahme nur gegenüber dem Beschwerten zu erfolgen hat (§ 1873 Abs. 2). Zudem würde der Untervermächtnißnehmer völlig der Willkür des beschwerten Vermächtnißnehmers preisgegeben sein, da dieser die Annahme, deren Erklärung an eine gesetzliche Frist nicht gebunden ist, nach seinem Belieben verzögern kann. Sollte hiergegen geholfen werden, so müßte dem Untervermächtnißnehmer das Recht beigelegt werden, dem beschwerten Vermächtnißnehmer eine Frist zur Erklärung zu setzen. Geschähe dies, so müßte eine Rechtsfolge an die Nichtabgabe einer Erklärung geknüpft werden. Es könnte nur die Rechtsfolge bestimmt werden, daß das Vermächtniß ihm gegenüber als angenommen gelte. Damit würde aber ein Ueberlegungsrecht des beschwerten Vermächtnißnehmers ohne jeden zwingenden Grund geschaffen. Der beschwerte Vermächtnißnehmer bedarf einer Ueberlegungsfrist nicht; er kann leicht übersehen, ob die Beschwerung das ihm Zugewendete übersteigt. Ferner würde die Rechtsfolge der erfolgten Annahme nur für das Verhältniß zwischen dem Untervermächtnißnehmer und dem Beschwerten, nicht für das Verhältniß zwischen dem letzteren

[1] Windscheid § 647 Anm. 11; Brinz § 427 Anm. 39; Mommsen § 384; — österr. G. B. § 685 (ein Jahr); sächs. G. B. § 2437 (einen Monat).

[2] Sächs. G. B. § 2437; hess. Entw. Art. 291 Abs. 2.

und dem Erben, Bedeutung haben; es würde mithin ein relatives Verhältniß entstehen. Noch weniger läßt sich ein Interesse des beschwerten Vermächtnißnehmers an einer solchen Ausgestaltung oder daran, daß der Untervermächtnißnehmer die Annahme des Vermächtnisses seinerseits darthue, nachweisen. Zwar kann eingewendet werden, der Untervermächtnißnehmer könne in die Lage kommen, daß der beschwerte Vermächtnißnehmer, wenn gegen ihn im Prozeßwege vorgegangen werde, den Prozeß gegenstandslos mache, indem er nachträglich ausschlage; der Untervermächtnißnehmer werde alsdann mit nutzlosen Kosten belastet. Allein diese Frage erscheint, abgesehen davon, ob nach den Grundsätzen der C. P. O. den Untervermächtnißnehmer in einem solchen Falle die Kostenpflicht trifft, sofern ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt, praktisch von zu untergeordneter Bedeutung, um zu einer Vorschrift, welche Verwickelungen, wie gezeigt, zur Folge haben muß, hinreichenden Anlaß zu bieten.

Kosten der Erfüllung.

In einigen geltenden Rechten finden sich Vorschriften über die Kosten der Erfüllung[1]). Diese Kosten treffen selbstverständlich den Beschwerten. Der Entwurf beruht nicht auf dem Gedanken, daß bei Schuldverhältnissen, welche lediglich zum Vortheile des Gläubigers dienen, der Gläubiger die Kosten der Erfüllung zu tragen hat. Vielmehr kommt es auf die Natur des einzelnen Schuldverhältnisses an. Allerdings hat bei dem Auftragsvertrage (§§ 585 ff. und bei der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 749 ff.) der Geschäftsherr, soweit er überhaupt den Beauftragten oder Geschäftsführer wegen seiner Aufwendungen schadlos zu halten hat (§§ 595, 751), auch die Kosten der Erfüllung zu tragen. Ein gleiches Verhältniß liegt aber bei der Erfüllung eines Vermächtnißanspruches schon deshalb nicht vor, weil der Grund der Verpflichtung in einer Verfügung des Erblassers, nicht in einer Verfügung des Beschwerten, zu finden ist. Im Rechte der Schuldverhältnisse enthält der Entwurf besondere Vorschriften über die Kostenpflicht nur in Ansehung des Kaufes (§ 466) und der Quittungsleistung (§ 270). Im Uebrigen ist festgehalten und, insbesondere auch in Ansehung der Schenkung, für selbstverständlich erachtet, daß die Kosten der Erfüllung einer Schuldverpflichtung den Schuldner treffen. Denn, wer zu einer Leistung verpflichtet ist, hat auch dasjenige aufzuwenden, was erforderlich ist, um die Leistung zu bewirken.

Staatssteuern.

In Ansehung der auf den Erwerb der Vermächtnisse zu Gunsten des Staates gelegten Steuern unterliegt es keinem Zweifel, daß die steuerrechtlichen Vorschriften dem öffentlichen Rechte angehören. Diesen hinsichtlich der Frage, wer und was besteuert werden soll, vorzugreifen, steht dem bürgerlichen Rechte nicht zu. Deshalb ist auch von Vorschriften abzusehen, welche in Ansehung dieser Steuern lediglich das Verhältniß zwischen dem Beschwerten und dem Vermächtnißnehmer treffen.

Ort der Erfüllung.

In Ansehung des Ortes der Erfüllung bedarf es keiner Vorschrift. Die Vorschrift des gemeinen Rechtes, daß Vermächtnisse nur an dem Orte zu entrichten sind, an welchem sich der größere Theil der Erbschaft befindet[2]), ist in

[1]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 312; code civil Art. 1016; Unger § 64 bei Anm. 9; hess. Entw. Art. 291 Abs. 3.

[2]) Windscheid § 282 Anm. 7.

die neuere Gesetzgebung kaum übergegangen, paßt auch nicht in den Fällen, in welchen der Beschwerte nicht der Erbe ist.

Befriedigung ohne Willen des Beschwerten.

Einige Rechte heben hervor, daß der Vermächtnißnehmer sich nicht ohne den rechtsgültigen Willen des Beschwerten befriedigen könne[1]). Gegenüber dem Entwurfe, welcher das Vindikationslegat nicht kennt, würde eine solche Vorschrift nur ein sehr beschränktes Anwendungsgebiet haben. Für dieses ist sie bereits durch den § 814 gedeckt. Verstößt der Vermächtnißnehmer nicht gegen die Vorschrift des § 814 und stellt sich sein Vorgehen auch sonst nicht als ein unerlaubtes dar, so liegt kein Anlaß vor, von dem Grundsatze des § 188 abzuweichen, daß eine erlaubte Handlung nicht schon dadurch zu einer unerlaubten wird, daß sie zum Zwecke der Selbsthülfe vorgenommen ist (Motive zum Allg. Th. S. 352). Geht der Vermächtnißnehmer eigenmächtig, aber in einer an sich nicht unerlaubten Weise vor, so ist dennoch der Beschwerte nicht schutzlos. Insbesondere kann der Vermächtnißnehmer nicht in allen Fällen mit Erfolg einwenden „dolo facis, qui petis, quod statim redditurus es“, denn zur Geltendmachung dieses Einwandes wird ein dolus erfordert; ein solcher setzt voraus, daß dem Fordernden jedes Interesse an der Geltendmachung des Anspruches abgeht; der Beschwerte kann indessen sehr wohl ein Interesse an der Rückforderung haben.

§ 1878.

2. Umfang des Anspruches.

Trotz des § 1859 ist noch eine Vorschrift erforderlich, daß der Bedachte, welchem ein zum Nachlasse gehörender Gegenstand zugewendet ist, auch den Zuwachs und die seit dem Anfalle des Vermächtnisses gezogenen Früchte fordern kann, sofern nicht ein entgegenstehender Wille des Erblassers erhellt. Hier handelt es sich nicht darum, zu bestimmen, was zugewendet ist, sondern was der Vermächtnißnehmer fordern kann. Auch würde der Vermächtnißnehmer nach den allgemeinen Grundsätzen, da das Vermächtniß lediglich einen obligatorischen Anspruch giebt, die Nutzungen nur von dem Zeitpunkte an beanspruchen können, in welchem er den Beschwerten in Verzug gesetzt hat. Dies ist auch der Standpunkt des gemeinen Rechtes und verschiedener anderer Rechte[2]). Eine solche Gestaltung wird schwerlich dem anzunehmenden Willen des Erblassers entsprechen. Dieser wird zumeist davon ausgehen, daß seine Anordnungen mit seinem Ableben zum Vollzuge kommen und daß der Bedachte alsbald in der Lage sein werde, die Früchte des vermachten Gegenstandes zu genießen. In Wirklichkeit erfolgt jedoch die Vollziehung des letzten Willens in der Regel nicht so schnell. Deshalb ist der Beschwerte zu verpflichten, die in der Zeit zwischen dem Anfalle und der Leistung von dem vermachten Gegenstande gezogenen Früchte herauszugeben, sofern nicht ein abweichender Wille des Erblassers

[1]) Windscheid § 649 Anm. 4; preuß. A. L. R. I, 12 § 311; code civil Art. 1014 Abs. 2; Unger § 64 bei Anm. f—k.

[2]) Windscheid § 647 Anm. 13, 14; sächs. G. B. § 2438 mit §§ 733—735, 737 ff.; code civil Art. 1014 Abs. 2, 1015; österr. G. B. nach Unger § 64 bei Anm. 9; Mommsen § 387 Abs. 1 (dessen Mot. S. 391, 392).

erhellt. Dies ist aber auch deshalb angemessen, weil die Erfüllung des Vermächtnisses sich unter Umständen unverhältnißmäßig lange verzögert und der Vermächtnißnehmer nach dem § 2057 nicht einmal im Stande ist, den Erben vor der Annahme der Erbschaft in Verzug zu setzen. Die Entscheidung entspricht dem preuß. A. L. R. I, 12 §§ 305—307 und anderen Rechten[1]).

Zu weit würde es gehen, wenn der Inhalt der Verpflichtung dahin bestimmt würde, der Beschwerte solle auch diejenigen Früchte ersetzen, welche er zu ziehen unterlassen hat (percipiendi). Ohne besonderen Anhalt aus dem Willen des Erblassers läßt sich nicht annehmen, der Erblasser habe dem Beschwerten eine besondere, über die Erhaltung der vermachten Sache und ihres Bestandes hinausgehende Diligenzpflicht auferlegen wollen. Denn dann wäre der Beschwerte, selbst während der Ueberlegungsfrist, zu einer wirthschaftlichen Nutzbarmachung und Nutzung des vermachten Gegenstandes verpflichtet.

Die Vorschrift spricht nur von Früchten, nicht von Nutzungen, wie das preuß. A. L. R. I, 12 § 307. Zu den letzteren gehören nach dem § 793 auch die Vortheile, welche der Gebrauch eines Gegenstandes gewährt. Daß nach dem Willen des Erblassers der Beschwerte auch diese Vortheile von der Zeit des Anfalles des Vermächtnisses an zu ersetzen habe, kann nicht angenommen werden.

Zuwachs.

Obschon der Zuwachs Bestandtheil der Sache ist, somit die Sache ohne den Zuwachs nicht herausgegeben werden kann, ist die Erwähnung des Zuwachses geboten, weil sich bezweifeln läßt, ob der Zuwachs dann mit herauszugeben sei, wenn derselbe getrennt werden kann, und ob nicht alsdann der Beschwerte befugt sei, denselben zu trennen und zu behalten. Das Schweigen an dieser Stelle könnte um so mehr zu einem nicht zutreffenden Schlusse Anlaß bieten, als in anderen Vorschriften (z. B. § 427 Abs. 2, § 478) der Zuwachs ausdrücklich erwähnt ist und der § 1859 nur bestimmt, das Vermächtniß einer bestimmten Sache ergreife diese in ihrem zur Zeit des Erbfalles vorhandenen Bestande und Zustande.

Zinsen.

In Ansehung der Zinsen[2]) ist eine Vorschrift nicht erforderlich; es genügt die im § 792 gegebene Bestimmung des Begriffes der Früchte.

Surrogate.

Von der Ausdehnung auf Gegenstände, welche der Beschwerte nach dem Erbfalle auf Grund des vermachten Rechtes erworben hat, ist abzusehen. Für den Fall des Unterganges des vermachten Gegenstandes vor dem Eintritte des Erbfalles ist Surrogation abgelehnt (vergl. zum § 1853 S. 155). Erfolgt der Untergang nach dem Anfalle, so tritt nach dem anwendbaren § 238 Surrogation ein. Für den Fall des Unterganges des vermachten Gegenstandes nach dem Erbfalle, aber vor dem Anfalle, ist im § 1867 der § 238

---

[1]) Vergl. Eccius § 276 Anm. 41, 42; wohl auch dem österr. G. B. § 686 verb. mit § 685; vergl. Mommsen's Mot. S. 391; hess. Entw. Art. 301.

[2]) Windscheid § 647 Anm. 14; Roth § 324 Anm. 37; preuß. A. L. R. I, 12 § 328, Dernburg § 139 Anm. 13; österr. G. B. § 664, Unger § 72; hess. Entw. Art. 310.

gleichfalls für anwendbar erklärt. Hierdurch ist dem Bedürfnisse genügt. Jene Ausdehnung würde zu weit führen und insbesondere den in der vermachten Sache gefundenen Schatz ergreifen. Jedenfalls bedarf es in Ansehung des Schatzes einer besonderen Vorschrift nicht[1]).

Dem Beschwerten rc. gehörender Gegenstand.

Nicht bestimmt ist für den Fall, daß ein dem Beschwerten oder einem Dritten gehörender Gegenstand vermacht ist, insbesondere nicht in Ansehung der Früchte. In dieser Beziehung muß es bei den allgemeinen Grundsätzen verbleiben. Will der Bedachte sich die Nutzungen sichern, so mag er den Beschwerten in Verzug setzen. Eine abweichende Willensrichtung des Erblassers anzunehmen, falls der Gegenstand einem Dritten gehört, fehlt es an einem genügenden Anhalte. Nicht rathsam aber wäre es, in dieser Hinsicht einen Unterschied zu machen, falls der vermachte Gegenstand dem Bedachten gehört, nachdem im Uebrigen diese Fälle durchweg gleich behandelt sind (§§ 1848, 1849).

§ 1879.

3. Gewährleistung seitens des Beschwerten.

In Ansehung der Gewährleistung ist ausschließlich für den Fall bestimmt, daß der Gegenstand des Vermächtnisses eine nur der Gattung nach bestimmte Sache ist. Für andere Fälle sind Vorschriften nicht erforderlich.

Ist insbesondere ein zum Nachlasse gehörender Gegenstand vermacht, so findet selbstverständlich, wie nach fast allen geltenden Rechten[2]), Gewährleistung nicht statt; dies bedarf keines Ausdruckes, denn die Vorschriften in den §§ 370 ff. und §§ 381 ff. setzen insgesammt voraus, daß sich Jemand durch Vertrag zur Veräußerung einer Sache verpflichtet hat. Nach den §§ 1859, 1861 wird es nicht zweifelhaft sein, daß eine Haftung den Beschwerten in keiner Richtung treffen kann, es müßte denn, wenn der Fall des § 1861 vorliegt, der Erblasser den Uebergang der Belastung auf den Bedachten nicht gewollt haben. In diesem Falle hat aber der Beschwerte schon an sich für die Befreiung des vermachten Gegenstandes von der Belastung zu sorgen, Gewährleistung kommt nicht in Frage.

Ist ein Gegenstand vermacht, welcher einem Dritten oder dem Beschwerten gehört, so genügen, soweit nicht aus den §§ 1849, 1859, 1861 ein Anderes sich ergiebt, die allgemeinen Grundsätze, bei welchen es bewendet. In Betracht kommen nach den angeführten Vorschriften nur die Fälle, in welchen der Erblasser bei der Anordnung davon Kenntniß gehabt hat, daß der Gegenstand ihm nicht gehöre, oder in welchen der Erblasser den Gegenstand geradezu als einen ihm nicht gehörenden vermacht hat. Denn in anderen Fällen ist das Vermächtniß nach den §§ 1848, 1849 unwirksam. Auf das hiernach allein zu prüfende sog. Verschaffungsvermächtniß finden die §§ 1859, 1861 Anwendung. Ob nicht zu bestimmen sei, daß der Beschwerte, wenn er zur Aufwendung von Kosten für die Verschaffung oder zum Werthersatze verpflichtet

[1]) Windscheid § 647 Anm. 10; Unger § 64 Anm. 9; Mommsen § 368 Abs. 2.

[2]) Windscheid § 654 Anm. 7; Roth § 323 Anm. 26; Unger § 67; sächs. G. B. § 2452; Mommsen §§ 395, 396; Eccius § 84 (2. A.) Anm. 31; Dernburg § 138 letzter Absatz.

sei, nicht dafür haften solle, daß das zu verschaffende bestimmte Grundstück oder der zu verschaffende Grundstücksantheil, falls dieser Gegenstand bereits zur Zeit des Erbfalles mit einem Erbbaurechte oder einer Grunddienstbarkeit oder einer Reallast oder der Grundstücksantheil in Gemäßheit des § 949 belastet war, von einer solchen Belastung frei sei, kann zweifelhaft erscheinen. Indessen liegt kein hinreichender Grund vor, in solcher Weise von dem § 1861 abzuweichen. Auch für diesen Fall entfällt also eine Gewährleistung wegen juristischer Fehler und physischer Mängel. Zu einer näheren Prüfung bietet nur der Fall Anlaß, daß der dem Bedachten verschaffte Gegenstand diesem seitens des wahren Berechtigten wieder entzogen wird. Dabei ist aber nicht zu übersehen, daß das Vermächtniß einer nicht bestehenden Forderung ausscheidet, weil ein solches Vermächtniß von selbst hinfällig ist[1]). Die Vorschriften der §§ 370 ff. über Gewährleistung des veräußerten Rechtes finden auf den zu prüfenden Fall an sich nicht Anwendung, denn diese Vorschriften setzen eine — hier nicht vorliegende — durch Vertrag begründete Veräußerungspflicht voraus; die Vorschriften könnten übrigens nicht für schlechthin anwendbar erklärt werden, da es an der erforderlichen Grundlage für deren Anwendung fehlen würde. Die Anwendung der allgemeinen Grundsätze führt aber auch für diesen Fall zu einem befriedigenden Ergebnisse. Wird dem Bedachten der Gegenstand wieder entzogen, so hat der Beschwerte nicht erfüllt. Der Beschwerte hat also nachträglich zu erfüllen oder für das Interesse einzustehen mit der aus dem § 1849 sich von selbst ergebenden Maßgabe, daß er nicht mehr zu gewähren verpflichtet ist, als er nach dieser Vorschrift zum Zwecke des Verschaffens aufzuwenden oder zu ersetzen hat. Hierbei kann es um so mehr bewenden, als die Fälle eines solchen Verschaffungsvermächtnisses selten sind und auch das bestehende Recht in dieser Richtung Vorschriften nicht enthält. Die Fälle, in welchen der vermachte Gegenstand dem Beschwerten oder einem Dritten gehört, verschieden zu behandeln, wäre nicht rathsam, nachdem im Uebrigen diese Fälle gleich behandelt sind (vergl. S. 142, 196).

Gattungsvermächtniß.

Für den allein geregelten Fall, daß der Gegenstand des Vermächtnisses eine nur der Gattung nach bezeichnete Sache ist, erscheint die entsprechende Anwendung der Grundsätze, welche in Ansehung der Gewährleistung des veräußerten Rechtes und wegen Mängel der veräußerten Sache dann gelten, wenn die Verpflichtung zur Veräußerung durch Vertrag begründet ist, angemessen[2]). Natürlich kann nur eine entsprechende Anwendung in Frage kommen. Die einschlagenden Vorschriften können nicht einzeln bezeichnet werden, weil die Vorschriften nur zum Theil zur Anwendung geeignet sind, und insbesondere diejenigen Vorschriften, welche eine erfolgte Gegenleistung voraussetzen, nicht passen.

Wahlvermächtniß ꝛc.

Für das Wahlvermächtniß und für das gemischt-generische Vermächtniß, §§ 1862, 1864, sind Vorschriften in Ansehung der Gewährleistung gleichfalls entbehrlich. Für das Wahlvermächtniß genügen die allgemeinen Grundsätze. Ist aber die Wahl auf Sachen, welche zum Nachlasse gehören, beschränkt, so ist

---

[1]) Windscheid § 657 Anm. 4; preuß. A. L. R. I, 12 § 409; Unger § 72 Anm. e; sächs. G. B. § 2477; hess. Entw. Art. 148 Abs. 2.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 397, Dernburg § 148, Anm. 7.

selbstverständlich eine Haftung wegen juristischer Fehler und physischer Mängel ausgeschlossen. Wird dem Bedachten die gewählte Sache von dem wirklichen Berechtigten entzogen, so muß die Folge eintreten, daß von Neuem zu wählen ist, denn die gewählte Sache stand nicht zur Wahl[1]).

Von einem Nichtberechtigten hergeleitete Rechte.

Im Anschlusse an die Vorschriften über Gewährleistung auszusprechen, daß die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, auf den Erwerb des Vermächtnißnehmers, welchem ein nicht zum Nachlasse gehörender Gegenstand als Nachlaßgegenstand vermacht ist, keine Anwendung zu finden haben, ist nicht erforderlich. Der Erbe hat in dem vorausgesetzten Falle zwar nur dasjenige zu leisten, was zum Nachlasse gehört. War der Erblasser lediglich Usukapionsbesitzer, so hat der Erbe nur diesen Besitz zu übertragen. Befindet sich der Erbe in Unkenntniß über die wirkliche Sachlage und läßt er das vermachte Grundstück dem Vermächtnißnehmer auf, so wird dieser Eigenthümer, sofern ihm der öffentliche Glaube des Grundbuches nach dem § 837 zur Seite steht. Handelt es sich um eine unter der gleichen Voraussetzung zum Eigenthume übertragene Sache, so erwirbt der Bedachte Eigenthum, sofern die Voraussetzungen des § 877 vorliegen. Die Sachlage ist eine ähnliche, wie wenn Jemand ein ihm nicht gehörendes Grundstück oder eine fremde bewegliche Sache schenkungsweise aufläßt oder zum Eigenthume überträgt. Wie in letzterem Falle die im öffentlichen Interesse aufgestellten großen Grundsätze des Vertrauens auf den Inhalt des Grundbuches oder des guten Glaubens nicht durchbrochen worden sind, so kann dies auch hier nicht geschehen. Indessen ist nicht ausgeschlossen, daß der beschwerte Erbe, wenn er in Unkenntniß des fremden Eigenthumes und der dadurch bedingten Unwirksamkeit des Vermächtnisses den Vermächtnißanspruch erfüllt hat, das Geleistete nach den allgemeinen Grundsätzen zurückfordern kann, insbesondere wenn er selbst deshalb den Rückgriffsansprüchen des bisherigen Eigenthümers ausgesetzt ist.

Streitverkündung.

In Ansehung der Streitverkündung an den Vermächtnißnehmer[2]) sind ebensowenig besondere Vorschriften am Platze, wie für die Streitverkündung an den Nacherben (vergl. die Motive zum § 1830 S. 119, 120). Die Vorschriften des § 192 Abs. 2 finden demgemäß auch auf den Vermächtnißnehmer Anwendung.

Verschuldete Unmöglichkeit.

Nach einigen Rechten haftet der Beschwerte für jede durch sein Verschulden herbeigeführte Unmöglichkeit der Erfüllung[3]). Der Entwurf bedarf einer Vorschrift über die Haftung nicht, da das gleiche Ergebniß durch die an sich anwendbaren allgemeinen Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse erreicht wird, vergl. S. 191. Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften führt

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 397, Dernburg § 153 Anm. 12, Eccius § 252 Anm. 44; sächs. G. B. § 2496; Mommsen § 439 Abs. 3.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 299, 301, Eccius § 276 Anm. 49, Dernburg § 145 Anm. 18, 19.

[3]) Windscheid § 647 Anm. 6; sächs. G. B. § 2439 mit § 728; Unger § 64 bei Anm. m, n; Roth § 380 Anm. 15, 16.

dahin, daß der Beschwerte, abweichend insbesondere von dem preuß. A. L. R. I, 12 § 308[1]), für jede Fahrlässigkeit, also nicht lediglich für Dolus und grobe Fahrlässigkeit, haftet. Nach der Auffassung des Entwurfes von der Fahrlässigkeit (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 279, 280) erscheint dies nur angemessen.

Sicherheitsleistung.

Von dem geltenden Rechte wird zumeist dem Vermächtnißnehmer für die Zeit bis zur Erfüllung ein verschieden ausgestalteter Anspruch auf Sicherheitsleistung gegeben[2]). Auch davon ist abgesehen, obschon es anscheinend nahe liegt, dem Vermächtnißnehmer wenigstens mit Rücksicht darauf ein Recht auf Sicherheitsleistung aus dem Nachlasse einzuräumen, daß das Vindikationslegat abgelehnt ist. Die Gründe, welche dazu nöthigen, von der Aufstellung eines Veräußerungsverbotes zu Gunsten des Vermächtnißnehmers abzusehen (vergl. die Vorbemerkung S. 135, 136 ff.), insbesondere die Rücksicht auf die für den Erben unentbehrliche Bewegungsfreiheit bei Liquidirung des Nachlasses, gestatten jedoch nicht, dem Vermächtnißnehmer ein solches Recht beizulegen. Von dem Erben für seine Person kann der Vermächtnißnehmer Sicherheitsleistung nur fordern, wenn eine Gefährdung seitens desselben wirklich droht. Abgesehen von dem in Ersatz des sogenannten Absonderungsrechtes dem Vermächtnißnehmer als Nachlaßgläubiger im § 2150 beigelegten Rechte wird dieser im Wesentlichen auf die Rechtsbehelfe des Arrestes und der einstweiligen Verfügung beschränkt sein. Für die Fälle, in welchen der Vermächtnißanspruch dem Bedachten nicht mit dem Eintritte des Erbfalles, sondern erst später anfällt, ist durch den § 1867 Abs. 3 in Verbindung mit dem § 133 Vorsorge getroffen.

§ 1880.

4. Verwendungen des Beschwerten.

Ueber die Verwendungen des Beschwerten auf den gemachten Gegenstand bestimmt der § 1880. Die Vorschriften sprechen von dem Beschwerten, nicht von dem „Erben", denn es ist sehr wohl möglich, daß ein Vermächtnißnehmer mit einem Untervermächtnisse beschwert ist (z. B. dem A. ist ein Gut vermacht und ihm aufgegeben, ein Stück des Gutes dem B. als Untervermächtnißnehmer zu verabfolgen), und Verwendungen gemacht hat, für welche er von dem Untervermächtnißnehmer Ersatz beansprucht. Für alle Fälle, auch für den Fall, daß die aufschiebende Bedingung erfüllt oder der Anfangstermin eingetreten ist — nur nicht für den Fall, daß die aufschiebende Bedingung nicht erfüllt oder der Anfangstermin nicht eingetreten ist, hierfür bestimmt der zweite Absatz —, wird vorgeschrieben, der Beschwerte könne den Ersatz nothwendiger Verwendungen, welche er auf den Gegenstand seit dem Erbfalle gemacht

[1]) Vergl. Dernburg § 144 Anm. 9, 10, Eccius § 276 Anm. 36; — noch anders Mommsen § 386.

[2]) Vergl. Windscheid § 648; Brinz § 428; Roth § 380, III; Unger § 65; Mommsen § 385; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 290, 291, 482, 486, Dernburg § 146, Eccius § 276 S. 679, 680.

hat, fordern; in Ansehung anderer seit dem Erbfalle gemachter Verwendungen wird auf die Grundsätze über Geschäftsführung ohne Auftrag verwiesen (Abs. 1).

Der Entwurf hat allgemeine Regeln nicht aufgestellt, ob und inwieweit Jemand, welcher eine bestimmte Sache herauszugeben oder zu übertragen hat, für Verwendungen auf die Sache nach Eintritt der Fälligkeit des Anspruches Ersatz verlangen kann. Im Einzelnen ist jedoch die Ersatzpflicht wegen derartiger Verwendungen geordnet für diejenigen Fälle, für welche sie besondere Bedeutung hat, so namentlich bei dem Kaufe und Tausche (§§ 464, 502), bei der widerrechtlichen Entziehung einer Sache (§ 718) und bei dem Eigenthumsanspruche (§ 936). Für das Vermächtniß ist eine Entscheidung der Frage nicht minder wichtig und eine Lösung um so mehr angezeigt, als es in Rücksicht auf den Grundsatz, daß das Vermächtniß lediglich einen obligatorischen Anspruch giebt, besonders wünschenswerth erscheint, die Rechtsbeziehungen zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten in dieser Richtung klarzustellen. Für die Entscheidung kann insbesondere das gemeine Recht[1]) deshalb nicht zum Anhalte dienen, weil es die Bemessung der Ersatzpflicht wegen anderer als nothwendiger Verwendungen dem richterlichen Ermessen überläßt, während der Entwurf eine solche wegen ihrer Unbestimmtheit nicht empfehlenswerthe Gestaltung vermieden hat. Aber auch an das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 354 ff. kann sich der Entwurf nicht anschließen, weil dasselbe dem Beschwerten allgemein eine Verwaltungspflicht gegenüber dem Bedachten auferlegt (I, 12 § 306), dieser Grundsatz aber von dem Entwurfe nicht übernommen ist. Die unbedingte Ersatzpflicht wegen nothwendiger Verwendungen entspricht dem § 464 und im Wesentlichen dem sächs. G. B. § 2440 sowie einigen Entwürfen[2]).

Nothwendige.

andere Verwendungen.

In Ansehung anderer Verwendungen kann die Ansicht vertreten werden, es verdiene den Vorzug, den Bedachten nur insoweit haften zu lassen, als er bereichert ist, während der Entwurf mit dem sächs. G. B. § 2440 auf die Grundsätze von der Geschäftsführung ohne Auftrag verweist. Für jene Ansicht läßt sich geltend machen, den Beschwerten treffe eine Verpflichtung nicht, den vermachten Gegenstand zu erhalten und zu bewahren; er könne deshalb auch nicht verpflichtet sein, eine dem vermachten Gegenstande drohende Gefahr unter Aufbietung eigener Mittel abzuwenden; der Beschwerte handele mithin, wenn er dies dennoch thue, auf seine Gefahr und müsse es darauf ankommen lassen, ob der Bedachte durch die gemachten Verwendungen bereichert sei. Allein eine Erhaltungspflicht trifft nach der Auffassung des Entwurfes den Beschwerten immerhin (vergl. zum § 1878 S. 195). Aber auch abgesehen hiervon, läßt sich nicht leugnen, daß der Beschwerte, indem er eine Verwendung der bezeichneten Art macht, die Geschäfte des Bedachten führt und daher nicht auf den Bereicherungsanspruch zu beschränken ist. Aus der Erhaltungspflicht läßt sich nicht ableiten, der Beschwerte erfülle, wenn er behufs Abwendung einer Gefahr oder zur Erhaltung oder Bewahrung des vermachten Gegen-

[1]) Windscheid § 649 Anm. 1; Brinz § 428a Anm. 3; Mommsen § 388 Abs. 2 hat sich dem gemeinen Rechte angeschlossen, dessen Mot. S. 392, 393.

[2]) Hess. Entw. Art. 301 Abs. 2; vergl. auch Mommsen § 388 Abs. 1.

standes zu Verwendungen sich verstehe, nur seine Verpflichtung und habe folglich die damit verbundenen Kosten zu tragen (vergl. Motive des Rechtes der Schuldverh. zum § 464 S. 325). Denn dem Beschwerten liegt die Erhaltung und Bewahrung des vermachten Gegenstandes nur als ein Geschäft des Bedachten ob. Die Einwendung, der Bedachte werde leicht in eine mißliche Lage gerathen können, wenn er die Verwendungen ersetzen müsse, obschon er ohne Kenntniß von den vielleicht hohen Verwendungen des Beschwerten das Vermächtniß angenommen habe, kann nicht als begründet anerkannt werden. Dem Bedachten bleibt unbenommen, sich vorzusehen. Die Billigkeit spricht keineswegs dafür, falls der Bedachte dies unterlassen hat, den Beschwerten mit den Kosten zu belasten. Dahingestellt bleiben kann, ob der Bedachte nicht unter Umständen, wenn er von den Verwendungen keine Kenntniß hatte, die Annahmeerklärung und die darin liegende Uebernahme von Verpflichtungen kondiziren kann. Der Beschwerte führt, indem er auf den vermachten Gegenstand Verwendungen vornimmt, die Geschäfte des Bedachten, und dies selbst dann, wenn er mit Rücksicht auf das nöthigenfalls anzurufende Inventarrecht oder wegen einer voraussichtlich nöthigen Kürzung des Vermächtnisses den Gegenstand zurückhält und denselben dann gewissermaßen zugleich in seinem eigenen Interesse bewahrt. Zudem liegt die Analogie des § 464 nahe. Auch der § 464 setzt voraus, daß den Käufer die Gefahr treffe; in ähnlicher Weise trifft bei dem Vermächtnisse die Gefahr den Vermächtnißnehmer.

Die Ersatzpflicht entspricht dem anzunehmenden Willen des Erblassers und einer billigen Rücksichtnahme auf den Beschwerten. Die gewöhnlichen Kosten der Erhaltung nur von der Zeit an, in welcher der Bedachte in Verzug der Annahme gekommen ist, erstatten zu lassen, kann in Rücksicht auf das Vermächtniß von Thieren angezeigt erscheinen, bei welchen die Futterkosten leicht den Werth des vermachten Thieres übersteigen. Indessen würde dadurch der Bedachte auf Kosten des Beschwerten begünstigt werden. Für solche Fälle bedarf es aber überhaupt einer besonderen Vorschrift nicht, da das eigene Interesse beide Betheiligte meist nach Lage der Umstände von selbst zu einer Verständigung führen wird.

Recht der Wegnahme.

Das Recht der Wegnahme (jus tollendi) des Beschwerten ist auch hier aus denselben Gründen unerwähnt geblieben, aus welchen desselben im Falle des § 758 nicht gedacht ist (vergl. Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 867); nach dem § 758 wird auf die Grundsätze von der condictio ob rem zurückzugreifen sein und diese genügen.

Gezogene Nutzungen.

Den Geldwerth der von dem Beschwerten nach dem Erbfalle gezogenen Nutzungen, soweit der Beschwerte zu deren Herausgabe nicht verpflichtet ist, auf den zu ersetzenden Betrag in Abzug bringen zu lassen, würde nicht angemessen sein. Gegenüber dem § 1878 kann nur der Gebrauch der vermachten Sache in Betracht kommen. Dem Beschwerten diesen ihm an sich gebührenden Vortheil zu entziehen, fehlt es an zureichenden Gründen.

Im Falle des aufschiebend bedingten oder betagten Vermächtnisses wegen der Verwendungen vor Eintritt der Bedingung oder des Termines dem Beschwerten nur den Bereicherungsanspruch gegen den Vermächtnißnehmer zu

Aufschiebend bedingtes 2c. Vermächtniß.

gewähren (Abs. 2), rechtfertigt sich aus der Analogie des Nießbrauches. Wie der Nießbraucher zieht auch der Beschwerte die Früchte; wie jener führt er der Regel nach, indem er die vermachte Sache ordnungsmäßig im wirthschaftlichen Bestande erhält, zugleich sein eigenes Geschäft. Nach dem § 1010 Abs. 1 verb. mit dem § 936 Abs. 1 hat der Nießbraucher, welcher während des Bestehens des Nießbrauches auf die belastete Sache Verwendungen gemacht hat, zu welchen er gegenüber dem Eigenthümer nicht verpflichtet ist, Anspruch auf Ersatz, soweit der Eigenthümer in Folge der Verwendungen bei Wiedererlangung der Sache aus dem Vermögen des Nießbrauchers bereichert wird. Dementsprechend erfordert der Entwurf als Voraussetzung der Verpflichtung des Vermächtnißnehmers zum Ersatze von Verwendungen eine auf seiner Seite bei Erlangung des vermachten Gegenstandes vorhandene Bereicherung. Selbstverständlich ist damit nicht ausgeschlossen, daß der Beschwerte befugt ist, wenn und soweit er als Geschäftsführer des Bedachten Verwendungen gemacht hat, seine hierauf sich beziehenden Ansprüche geltend zu machen (vergl. § 936 Abs. 2). Die Analogie des Nießbrauches läßt es nicht rathsam erscheinen, in Ansehung der nothwendigen Verwendungen bei dem bedingten oder betagten Vermächtnißanspruche etwas Abweichendes zu bestimmen. Dagegen ist es für angemessen erachtet, die §§ 997, 998 Abs. 1 für entsprechend anwendbar zu erklären, um auch hier auf die Verwendungen hinzuweisen, welche der Beschwerte als der zur Ziehung der Früchte Berechtigte schon an sich und allein zu tragen hat. Das Bestreiten der im § 1003 bezeichneten Lasten und Ausgaben ist nicht eine Verwendung im eigentlichen Sinne; aber, wenn das Gesetz im Uebrigen lediglich einen Bereicherungsanspruch gewährt, so würden, in Ermangelung einer besonderen Vorschrift, entgegen der Absicht des Entwurfes auch diese Aufwendungen lediglich unter den Gesichtspunkt der erfolgten Bereicherung gebracht werden können; deshalb ist der § 1003 für entsprechend anwendbar erklärt. Die entsprechende Anwendung des § 1009 erscheint nur angemessen. Der im § 1009 enthaltene Grundsatz würde an sich auch im Falle des ersten Absatzes des § 1880 Platz greifen; dort aber bedarf er einer Erwähnung nicht, weil das Nöthige, soweit es um nützliche Verwendungen sich handelt, aus den Grundsätzen über Geschäftsführung ohne Auftrag sich ergiebt, überdies auf jenen Fall die Analogie des Nießbrauches nicht paßt. Endlich ist auch der § 936 Abs. 3, welcher das Recht der Wegnahme (jus tollendi) behandelt und auf welchen der § 1010 Abs. 1 verweist, für entsprechend anwendbar erklärt, um unzutreffenden Schlußfolgerungen vorzubeugen, welche aus dessen Nichterwähnung gezogen werden könnten.

In Ansehung des bedingten oder betagten Vermächtnisses kann ebenfalls nicht ausgesprochen werden, es sei auf den zu ersetzenden Betrag der Geldwerth der nach dem Erbfalle gezogenen Nutzungen in Abzug zu bringen, soweit der Beschwerte zur Herausgabe der Nutzungen nicht verpflichtet ist[1]). Soweit der Beschwerte von dem vermachten Gegenstande Nutzungen zieht, hat er selbstverständlich die dabei entstandenen Auslagen zu bestreiten. Soll er aber auf

[1]) Vergl. Windscheid § 649 Anm. 1 a. E.

den Werth der Nutzungen sich noch andere Verwendungen anrechnen lassen, so wird er in seinem Rechte auf die Nutzungen beeinträchtigt.

Die Vorschriften des zweiten Absatzes treffen auch die Fälle des § 1867 Abs. 2 Nr. 2, 3. In diesen Fällen ist das Vermächtniß gleichfalls wie ein bedingtes zu behandeln.

Der Entwurf regelt wiederum ausschließlich den Fall, daß ein zum Nachlasse gehörender Gegenstand vermacht ist. Für den Fall, daß ein Gegenstand vermacht ist, welcher dem Beschwerten oder einem Dritten gehört, bedarf es in Ansehung der Verwendungen mit Rücksicht auf die Seltenheit eines solchen Vermächtnisses besonderer Vorschriften nicht. Zu unterscheiden, je nachdem der Gegenstand einem Dritten oder dem Beschwerten gehört, ist, wie im Falle des § 1878 (vergl. S. 197), nicht rathsam.

Für alle Fälle, in welchen der Beschwerte den vermachten, zur Erbschaft gehörenden Gegenstand zunächst eine Zeit lang zu behalten berechtigt und erst bei dem Eintritte eines künftigen Ereignisses oder Zeitpunktes weiterzugeben verpflichtet ist, das Schuldverhältniß zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten im Anschlusse an das Legalschuldverhältniß des Nießbrauchers allgemein zu regeln, geht nicht an[1]). Damit würden dem Vermächtnißnehmer bei einem bedingten oder betagten Vermächtnisse größere Rechte eingeräumt, als bei einem unbedingten oder unbetagten. Gegen eine solche Regelung spricht ferner Folgendes. Die Verpflichtungen eines Beschwerten, welcher unter einer aufschiebenden Bedingung oder bei dem Eintritte eines künftigen Zeitpunktes zu leisten verbunden ist, beurtheilen sich nach den §§ 130, 134. Der § 135 kommt nicht in Betracht, weil die rechtlichen Verfügungen eines Schuldners über den Leistungsgegenstand in ihren Wirkungen nicht durch die lediglich obligatorischen bedingten oder betagten Rechte des Gläubigers gehindert werden können. Eine Aenderung in der Beurtheilung tritt auch dann nicht ein, wenn die Anordnung des Erblassers dahin geht, daß dem Bedachten ein bestimmter zum Nachlasse gehörender Gegenstand von dem Beschwerten übertragen werden soll, selbst wenn bei Annahme des dinglich wirkenden Vermächtnisses eine bedingte oder betagte dingliche Verfügung des Erblassers über den vermachten Gegenstand anzunehmen sein würde. Für den besonderen Fall der Nacherbschaft (dinglich wirkende Beifügung einer Bedingung oder eines Termines) ist das obligatorische Verhältniß des interimistisch Berechtigten gegenüber dem Anfallberechtigten im Anschlusse an die Vorschriften über den Nießbrauch eingehend geordnet. Die Erhaltungspflichten und die sonstigen Verpflichtungen des Nießbrauchers gegenüber dem Eigenthümer als solchem haben ihren Ursprung und ihre Grundlage in dem obwaltenden dinglichen Rechtsverhältnisse. Dieselben sind dahin aufzufassen, daß eine Pflichtverletzung des Nießbrauchers nicht lediglich schuldvolle Nichterfüllung einer Schuldverbindlichkeit, sondern zugleich Verletzung des Eigenthumsrechtes ist durch Ueberschreitung der für das Verhalten des Nießbrauchers gesteckten obligatorischen Grenzen. Für den Fall der Nacherbschaft konnte etwas Aehnliches nur deshalb bestimmt werden, weil die Nacherbschaft eine Art dinglichen Rechtsverhältnisses und der

[1]) Vergl. Unger § 64 bei Anm. 11.

Vorerbe zu Gunsten des Nacherben dinglich gebunden ist, wenn auch der Nacherbe noch kein gegenwärtiges Recht hat. Es mag dahingestellt bleiben, ob die aus den §§ 130, 133, 134 sich ergebenden Folgen für alle Fälle der dinglichen Bindung zu einem Legalschuldverhältnisse zwischen dem bedingt Verpflichteten und dem bedingt Berechtigten ausgestaltet werden könnten. Für bedingte oder betagte Forderungsrechte paßt jedenfalls nicht die Bestimmung eines ähnlichen Schuldverhältnisses, welches dem bedingt Verpflichteten Erhaltungspflichten in Ansehung des Leistungsgegenstandes auferlegt, deren Verletzung sofort geltend gemacht werden kann. In den bezeichneten Fällen besteht in Ansehung des Leistungsgegenstandes noch kein Recht, auch noch kein bedingtes Recht. Das Recht des Gläubigers richtet sich lediglich gegen die Person. Der Schuldner kann also in der thatsächlichen und rechtlichen Verfügung über den Leistungsgegenstand nicht weiter beschränkt sein, als sich ergiebt aus den Vorschriften über seine Haftung bei später eintretender Unmöglichkeit der Leistung, §§ 237 ff., und aus den im § 133 dem bedingt Berechtigten eingeräumten Rechte auf Sicherheitsleistung oder Erwirkung einstweiliger Verfügungen.

Hiernach könnte die bezeichnete Vorschrift nur dann als gerechtfertigt angesehen werden, wenn dem Bedachten eine Art von dinglichem Rechte zu gewähren wäre. Damit aber würde der Entwurf zu einer relativ dinglichen Rechtsstellung des Bedachten gelangen, welche an Unklarheiten leiden müßte. Endlich fehlt es an jedem Anlasse, bedingte oder betagte Vermächtnisse in dieser Beziehung anders zu behandeln wie andere bedingte oder betagte Forderungsrechte.

Kosten eines Rechtsstreites.

Eine besondere Vorschrift in Ansehung der Kosten, welche aus einem über den vermachten Nachlaßgegenstand mit Erfolg geführten Rechtsstreite dem Beschwerten erwachsen sind, insbesondere etwa dahin, daß diese als nothwendige Verwendungen gelten, und wie diese im Falle des zweiten Absatzes zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten zu theilen seien[1]), ist nicht erforderlich. Die prinzipiellen Vorschriften des § 1880 genügen; aus denselben wird sich das Richtige unschwer entnehmen lassen.

§§ 1881, 1882.

Kürzung.

Quarta Falcidia.

Das gemeine Recht sichert den beschwerten Erben und Universalfideikommissar gegen Ueberschwerung und schreibt überdies vor, daß ihm noch die sog. Falzidische oder Trebellianische Quart verbleiben muß[2]). Ihm folgen noch die älteren Gesetzgebungen[3]). Von den neueren Rechten ist das Institut aufgegeben[4]). Der Entwurf folgt den neueren Rechten. Nicht zu verkennen ist,

[1]) Vergl. Seuffert's Arch. 16 Nr. 274.

[2]) Windscheid §§ 650—653, 666 Anm. 8; Roth § 328, § 315 Anm. 70 ff.

[3]) Bayr. L. R. III, 6 §§ 14, 15; für württemb. Recht Stein §§ 173 ff. u. A.

[4]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 333, Dernburg § 134, Eccius § 276 Anm. 70; code civil Art. 1009; österr. G. B. § 690, Unger § 66 Anm. 2; sächs. G. B. § 2443; goth. Erbges. § 127; hess. Entw. Art. 294 (Mot. S. 170, 171); Mommsen's Mot. S. 393, 394.

daß eine gewisse Billigkeit dafür spricht, dem beschwerten Erben etwas zu belassen, und daß durch Vorschriften solchen Inhaltes die Fälle der Ausschlagung vermindert werden. Allein gegen das Institut spricht vor Allem, daß der Zwang gegen den Erblasser der inneren Rechtfertigung entbehrt. Das gemeine Recht schließt die Quart bei dem Soldatentestamente aus und gestattet dem Erblasser, den Abzug zu verbieten, macht auch den Abzug von der Inventarerrichtung abhängig[1]). Die Schwierigkeiten der Regelung — bekanntlich ist dieses Institut eines der an Streitfragen reichsten — in Verbindung mit dem Umstande, daß auch da, wo dasselbe nicht gilt, der Fall der Ausschlagung nicht gerade häufig ist, und mit dem weiteren Umstande, daß nach dem Entwurfe das Vermächtniß in seiner Wirksamkeit nicht von dem Erwerbe seitens des Beschwerten abhängig ist, läßt die Beseitigung wünschenswerth und nicht bedenklich erscheinen. Im preuß. A. L. R. I, 12 §§ 354 ff. und im österr. G. B. § 690[2]) wird ein gewisser Ersatz dadurch gewährt, daß dem Erben neben Erstattung der Kosten eine billige Vergütung oder angemessene Belohnung für seine Bemühungen zugesprochen wird. Das Bedürfniß eines solchen Ersatzes kann nicht anerkannt werden.

Abzugsrecht des Erben.

Die Vorschriften über das dem beschwerten Erben, falls er überschwert ist, einzuräumende Abzugsrecht finden sich in den §§ 2133 ff. Dieselben an dieser Stelle aufzunehmen[3]), ist deshalb nicht angemessen, weil der Entwurf den Vermächtnißnehmer als Nachlaßgläubiger (§ 2092) an dem Nachlaßkonkurse theilnehmen läßt (§ 2113) und die für den Nachlaßkonkurs gegebenen Vorschriften im § 2133 Abs. 2 für entsprechend anwendbar auf die Abzugseinrede erklärt werden. Hat der Erbe dem Vermächtnißnehmer das Vermächtniß voll geleistet, so ist er, falls er später des Gegenstandes des Vermächtnisses zum Zwecke der Tilgung von Nachlaßschulden u. s. w. bedarf, auf eine Kondiktion beschränkt.

Wirkungen eines Rechtsstreites über die Erbschaft.

Von den Wirkungen der Anhängigkeit eines Rechtsstreites über die Erbschaft in Ansehung des Vermächtnißnehmers wird im Abschn. 6 Tit. 6 zum § 2088 die Rede sein. Nach dem § 192 Abs. 1 wirkt das gegen denjenigen, welcher der wirkliche Erbe nicht ist, seitens des Vermächtnißnehmers erzielte obsiegliche Urtheil nicht gegen den wirklichen Erben. Ebensowenig kann sich der Vermächtnißnehmer gegenüber dem wirklichen Erben auf ein Urtheil berufen, welches zu seinen Gunsten in einem Rechtsstreite gegenüber einem Anderen ergangen ist. Das einem Testamentserben ungünstige Urtheil wirkt selbst dann nicht gegen den Vermächtnißnehmer, wenn der Ausgang des Rechtsstreites über das Recht des eingesetzten Erben das Recht des Vermächtnißnehmers berührt. In letzterer Beziehung weichen die geltenden

[1]) Windscheid § 651 Anm. 1, 3; Roth § 328 Anm. 6, 15.

[2]) Dernburg § 134 a. E., Eccius § 276 S. 682, 683; Unger § 66 bei Anm. 10.

[3]) Sächs. G. B. §§ 2443—2450; code civil Art. 920—930; Mommsen §§ 391 bis 393; hess. Entw. Art. 294—296.

Rechte zumeist ab, jedenfalls das gemeine Recht und wohl auch das preuß. A. L. R.[1]).

Der Entwurf beschränkt sich in den §§ 1881, 1882 auf Vorschriften über das Abzugsrecht des beschränkten Vermächtnißnehmers gegenüber Untervermächtnißnehmern und in Ansehung der Auflagen.

§ 1881.

Kürzungsrecht des Vermächtnißnehmers.

Der § 1881 erklärt den Vermächtnißnehmer, auch wenn er das Vermächtniß, welches ihm selbst zugewendet ist, angenommen hat, für berechtigt, die Leistung, mit welcher er beschwert ist, insoweit zu verweigern, als zu derselben dasjenige nicht hinreicht, was er aus dem ihm zugewendeten Vermächtnisse erhält (Satz 1). Die Fassung „was er ... erhält" nicht „was er ... erhalten hat" ist gewählt, um die Frage offen zu lassen, wie es sich gestaltet, wenn der beschwerte Vermächtnißnehmer nach dem Willen des Erblassers sein Vermächtniß erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit zu fordern hat, die ihn beschwerende Leistung aber sofort gewähren soll. Die Fassung greift der Entscheidung nicht vor, ob und inwieweit der beschwerte Vermächtnißnehmer die Gefahr in Ansehung des Empfangenen trägt. Die Beantwortung dieser Frage ergiebt sich aus der Entscheidung, daß die Vorschriften über die Abzugseinrede entsprechende Anwendung finden (Satz 2). Damit gelangt zugleich zum Ausdrucke, daß bei dem Vorhandensein Mehrerer, zu deren Gunsten der Vermächtnißnehmer beschwert ist, eine verhältnißmäßige Befriedigung dieser Mehreren einzutreten hat.

Dem beschwerten Vermächtnißnehmer die Befugniß beizulegen, statt der immerhin etwas weitläufigen und schwerfälligen Kürzung sich in der Weise von seiner Verpflichtung zu befreien, daß er das Empfangene an denjenigen, zu dessen Gunsten er beschwert ist, herausgiebt, ist nicht für angemessen erachtet. Die Möglichkeit eines etwas weitläufigen Verfahrens würde es nicht rechtfertigen, von dem überwiegend geltenden Rechte[2]) in solcher Weise abzuweichen. Gegen die Aufnahme einer Vorschrift dieses Inhaltes spricht weiter, daß die Ueberschwerung des Vermächtnißnehmers selten vorkommt und praktisch minder wichtig ist, daß aber auch bei der Einfachheit der Verhältnisse sich die Umständlichkeit des Verfahrens kaum fühlbar macht. Wäre eine solche Vorschrift zu billigen, so könnte nicht dem Beschwerten allein das Recht gewährt werden, statt der Leistung, mit welcher er beschwert ist, die Herausgabe des Empfangenen zu wählen, sondern es müßte auch demjenigen, zu dessen Gunsten die Beschwerung gereicht, die Befugniß eingeräumt

---

[1]) Windscheid § 132 Nr. 3, § 584 Anm. 19, Entsch. d. Ob. Trib. Bd. 37 S. 341; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 298, 299, Dernburg § 145 Anm. 4 ff., § 230 Anm. 35, Eccius § 56 (2. A.) Anm. 21, § 276 Anm. 49; Unger § 53 Anm. 7, 8; sächs. G. B. § 177 mit § 2325; Mommsen § 253.

[2]) Windscheid § 650 Anm. 5; Roth § 328 Anm. 31; preuß. A. L. R. I, 12 § 293, vergl. jedoch § 367, und zu letzterem Dernburg § 136 Anm. 6; Unger § 55, u. A.

werden, die Herausgabe des Empfangenen zu verlangen, wenn der Beschwerte die Leistung verweigert. Abgesehen von den Schwierigkeiten und Verwickelungen, welche durch eine solche Regelung herbeigeführt würden, widerspricht es offenbar dem Willen des Erblassers, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Leistung auferlegt ist, möglicherweise statt des ihm Zugewendeten etwas ganz Anderes, z. B. statt Geld ein Grundstück, erhält. Dazu kommt, daß der Vermächtnißnehmer, welcher das beschwerte Vermächtniß angenommen hat, den aus der Beschwerung sich ergebenden Verpflichtungen sich unterworfen hat. Es erscheint wenig angemessen, ihm zu gestatten, sich nachträglich durch Herausgabe des Empfangenen von den ihm auferlegten Verpflichtungen zu befreien und dadurch dem Ausschlagungsrechte des Bedachten eine ungemessene Ausdehnung zu geben. Die Schwierigkeiten und Verwickelungen würden sich noch häufen, wenn die Leistung bereits theilweise erfolgt ist, oder wenn mehrere Personen als Untervermächtnißnehmer in Betracht kommen. Alsdann könnte sich die Frage erheben, ob den mehreren Personen das Recht zu gewähren sei, die Vertheilung des Werthes des herausgegebenen Vermächtnißgegenstandes unter sich oder doch eine verhältnißmäßige Befriedigung herbeizuführen. Dies wäre nicht durchführbar ohne die Eröffnung eines konkursmäßigen Verfahrens.

§ 1882.

desjenigen, welcher selbst eine Kürzung erleidet.

In der Regel wird es dem Willen des Erblassers entsprechen, daß der beschwerte Vermächtnißnehmer, auch wenn, ungeachtet der erlittenen Kürzung, die beschwerte Zuwendung zur Befriedigung der auferlegten Beschwerungen zureichend geblieben ist, den Nachtheil der aus irgend einem Grunde eintretenden Kürzung nicht allein tragen, und daß aus der mittelbaren Zuwendung ein Vortheil für den Untervermächtnißnehmer im Vergleiche mit dem Beschwerten sich nicht ergeben soll. Es ist also anzunehmen, daß in Ansehung der Vertheilung des aus der Kürzung sich ergebenden Abganges der beschwerte Vermächtnißnehmer und derjenige, zu dessen Gunsten derselbe beschwert ist, so behandelt werden sollen, als wären sie neben einander beschwert. Deshalb dürfte die aufgestellte Dispositivvorschrift dieses Inhaltes am Platze sein; sie entspricht auch wohl dem überwiegend geltenden Rechte[1]).

Das gemeine Recht kennt eine Ausnahme in Ansehung der vermachten Alimente. Hierauf einzugehen, ist nicht erforderlich, da nur eine Dispositivvorschrift aufgenommen ist.

§ 1883.

VI. Ersatzberufung.

Die Vorschriften über die Ersatzberufung auf das Vermächtniß lehnen sich an die §§ 1800—1803 an, welche die Ersatzerbeinsetzung betreffen. Sie

---

[1]) Windscheid § 650 Anm. 5; preuß. A. L. R. I, 12 § 351, vergl. I, 12 § 334, II, 2 § 434, Entsch. d. Ob. Trib. Bd. 28 S. 86 ff., Eccius § 250 Anm. 65, Dernburg § 207 Anm. 32, 33; code civil Art. 926, 927.

stimmen mit dem geltenden Rechte im Wesentlichen überein[1]), wenn auch in Ansehung der in Bezug genommenen Vorschriften nicht überall Uebereinstimmung mit dem Entwurfe besteht.

Den Ausdruck „Ersatzvermächtniß" zu einem technischen zu machen, ist nicht erforderlich.

§§ 1884, 1885.

VII. Nachvermächtniß.

Die sog. fideikommissarische Substitution bei Vermächtnissen bezeichnet der Entwurf als „Nachvermächtniß". Dieser Ausdruck ist für angemessen erachtet und dem sonst in der Theorie geläufigen Ausdrucke „sukzessives Vermächtniß" vorzuziehen.

Aufnahme des Institutes.

Es kann zunächst die Frage aufgeworfen werden, ob nicht die Anordnung, durch welche dem Vermächtnißnehmer ein aufschiebend bedingtes oder betagtes Nachvermächtniß auferlegt wird, zu verbieten sei. Allein das Institut findet sich in dem geltenden Rechte, wenn von dem code civil (vergl. Art. 896) abgesehen wird, ziemlich überall[2]). Es läßt sich auch nicht leugnen, daß dasselbe in vielen Fällen einem praktischen Bedürfnisse entspricht. Ferner kann nicht anerkannt werden, daß der Erblasser dasselbe Ergebniß erreiche, wenn er demjenigen, welcher nur auf die Zwischenzeit bis zum Eintritte der Bedingung oder des Termines der Vermächtnißnehmer sein soll, an dem Gegenstande der Zuwendung den Nießbrauch zuweist. Denn es ist sehr wohl ein praktisches Interesse des Erblassers denkbar, den nächsten Empfänger nicht allein zum Nießbraucher, sondern zum vollen Berechtigten, obschon mit einer eventuellen Herausgabeverpflichtung belastet, zu machen.

Ablehnung der Verweisung auf Nacherbschaft.

Andererseits kann aber der Entwurf nicht mit dem preuß. A. L. R. und einigen anderen Rechten[3]) auf die Vorschriften von der Nacherbschaft verweisen. Da der Entwurf das Vindikationslegat nicht aufgenommen hat, so sprechen dagegen alle die Bedenken, welche S. 203 gegen eine Uebertragung dieser Vorschriften in Ansehung der Fälle, in welchen der Beschwerte den vermachten Gegenstand zunächst einige Zeit behalten soll, dargelegt sind. Insbesondere kommt noch in Betracht, daß das Nachvermächtniß nicht Rechtsübergänge bestimmt, welche sich nach einander wiederholen sollen, sondern obligatorisch wirkende Vermächtnisse für eine Reihe nach einander Bedachter unter Beifügung von Bedingungen oder Zeitbestimmungen wiederholt.

Vorschriften können deshalb für entbehrlich erachtet werden, weil bei Annahme eines lediglich obligatorische Rechte und Verbindlichkeiten erzeugenden Vermächtnisses die Zulässigkeit eines Nachvermächtnisses selbverständlich sei.

---

[1]) Windscheid § 637; preuß. A. L. R. I, 12 ff. 458—465; code civil Art. 898; sächs. G. B. § 2411; österr. G. B. § 652; hess. Entw. Art. 161; Mommsen § 357.

[2]) Windscheid § 637 Anm. 2; Brinz § 423 Anm. 16; Roth § 321 Anm. 2, 3; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 53, 466, 467, 489; österr. G. B. § 652, Unger § 59; sächs. G. B. §§ 2525, 2526; Mommsen §§ 358, 464—467 (dessen Mot. S. 445—447); hess. Entw. Art. 163 ff.

[3]) Vergl. insbes. österr. G. B. § 652; sächs. G. B. § 2525; Mommsen § 464.

Allein, wenn Vorschriften nicht aufgenommen würden, so würde dem Nachvermächtnisse auch nach keiner Richtung eine Grenze gesetzt sein. Sind nun auch bei dem schwachwirkenden Vermächtnisse aus dem Mangel einer solchen Beschränkung der Verfügungsbefugniß des Erblassers nicht die gleichen Nachtheile zu besorgen wie bei der Nacherbschaft, so kann doch im volkswirthschaftlichen Interesse dem Erblasser nicht gestattet werden, diejenigen, an welche der Nachlaß ganz oder zum Theil, mittelbar oder unmittelbar gelangt, in Ansehung der Verfügung über das an sie Gelangte obligatorisch in unbegrenztem Umfange zu binden. Denn die obligatorische Bindung wirkt für den Gebundenen, wenn derselbe gewissenhaft oder wegen seiner obligatorischen Haftung auch nur vorsichtig verfährt, materiell in ähnlicher Weise wie die dingliche Bindung. Es kann nicht eingewendet werden, daß für Rechtsgeschäfte unter Lebenden eine ähnliche Beschränkung nicht bestimmt sei. Der Umfang der Wirkungen der Rechtsgeschäfte unter Lebenden ist von selbst ein begrenzterer als der Umfang der möglichen Wirkungen letztwilliger Verfügungen, durch welche Zuwendungen auch an Personen erfolgen können, welche zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht geboren oder empfangen sind oder deren Persönlichkeit erst durch ein später eintretendes Ereigniß sich bestimmt.

Der Entwurf beschränkt sich jedoch, abgesehen von dem hierfür gleichfalls in Betracht kommenden § 1869, auf die wenigen Vorschriften, welche die §§ 1884, 1885 enthalten.

§ 1884.

1. Zulassung. Person des Beschwerten.

Daß die Bestimmung des Erblassers: A. soll als Vermächtniß den Gegenstand X erhalten, diesen aber zu der (angegebenen) Zeit oder beim Eintritte der (bezeichneten) Bedingung an B. herausgeben, wirksam und ein Nachvermächtniß ist, kann nach dem § 1756 nicht zweifelhaft sein. Lautet aber die Bestimmung: Bis zu dem (angegebenen) Zeitpunkte oder bis zu dem Eintritte der (bezeichneten) Bedingung soll A. Vermächtnißnehmer sein, demnächst B., — so wäre ein Zweifel möglich, ob ein Nachvermächtniß oder ein den Erben belastendes zweites Vermächtniß vorliegt. Diesen Zweifel schneidet die Vorschrift des § 1884 ab, indem bestimmt wird, der erste Vermächtnißnehmer sei in solchen Fällen als beschwert anzusehen. Daß ein Nachvermächtniß zulässig sei, wird nicht besonders bestimmt. Die Aufnahme einer solchen Entscheidung könnte zu dem unrichtigen und möglicherweise weitere Mißverständnisse herbeiführenden Schlusse Anlaß geben, es stehe, wenn eine solche Vorschrift nicht aufgenommen werde, der Wirksamkeit des Nachvermächtnisses eine Rechtsnorm allgemeineren Inhaltes entgegen. Gegenstand des Nachvermächtnisses kann nicht allein ein zum Nachlasse gehörender Gegenstand sein, auch in Ansehung einer vermachten Geldsumme kann ein Nachvermächtniß angeordnet werden.

Auszusprechen, daß in dem bezeichneten Falle nur obligatorische Wirkungen der letztwilligen Anordnung eintreten und die beigefügten Bedingungen und Zeitbestimmungen auf die Forderungsrechte, welche durch das Vermächtniß begründet werden, sich beziehen, selbst wenn der Wortlaut der letztwilligen Ver-

fügung auf den Willen des Erblassers, ein dinglich wirkendes Nachvermächtniß anzuordnen, schließen läßt, ist nicht erforderlich. Denn ein Zweifel in dieser Richtung würde nicht berechtigt sein, da der Entwurf im § 1865 jede derartige Annahme mit hinreichender Deutlichkeit ausschließt.

§ 1885.

2. Anwendbarkeit einiger Vorschriften über die Nacherbschaft.

Die Verweisung auf die §§ 1809, 1811, welche die Nacherbschaft betreffen, bringt in Verbindung mit der auch für das Nachvermächtniß geltenden Vorschrift des § 1869 die S. 208 angedeuteten Grenzen dieses Institutes zum Ausdrucke. Die entsprechende Anwendbarkeit des § 1809 führt dahin, daß, sofern der Erblasser in seiner Anordnung nicht ein Anderes bestimmt hat, das Nachvermächtniß mit dem Tode des ersten Vermächtnißnehmers eintritt. Dies dürfte innerlich gerechtfertigt erscheinen. Die entsprechende Anwendbarkeit des § 1811 hat zur Folge, daß als Wille des Erblassers anzunehmen ist, es solle die Berufung zu dem Nachvermächtnisse auf den Fall beschränkt sein, daß der vorbedachte Abkömmling, welcher zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung keinen Abkömmling hat, einen Abkömmling nicht hinterlasse. Die Willensvermuthung trifft in Ansehung des Nachvermächtnisses in gleicher Weise zu wie in Ansehung der Nacherbeinsetzung.

Daß der § 1812 nicht in gleicher Weise für entsprechend anwendbar erklärt werden kann, ist bereits zum § 1869 S. 182, 183 gerechtfertigt. Die zeitliche Beschränkung des § 1869, welche das Nachvermächtniß besonders in's Auge faßt, ist bei dieser Vorschrift begründet.

Veräußerungsverbot.

Die Schlußvorschrift, nach welcher auf das Verbot gegenüber dem Vermächtnißnehmer, den vermachten Gegenstand zu veräußern oder über denselben von Todeswegen zu verfügen, die Vorschriften des § 1844 für entsprechend anwendbar erklärt werden, rechtfertigt sich aus den Gründen, welche für den § 1844 angeführt sind (vergl. S. 138, 139). Die Erwähnung ist zweckmäßig, weil das Veräußerungsverbot häufig gegenüber Vermächtnißnehmern ausgesprochen wird.

Rechtsverhältniß.

Vorzuschreiben, daß auf das Rechtsverhältniß zwischen dem vor- und dem nachberufenen Vermächtnißnehmer die allgemeinen Vorschriften über das Verhältniß zwischen dem Beschwerten und dem Bedachten Anwendung finden, ist entbehrlich. Es besteht kein Bedürfniß, die verschiedene Natur des Rechtsverhältnisses aus dem Nachvermächtnisse im Vergleiche mit der Nacherbeinsetzung auszusprechen. Die Verschiedenheit versteht sich von selbst, da auch das Nachvermächtniß als eine Art des Vermächtnisses nur obligatorische Wirkungen erzeugen kann.

Umdeutung einer auflösenden Bedingung zc.

Entsprechend dem § 1807 positiv zu bestimmen, daß die Beifügung einer auflösenden Bedingung und eines Endtermines bei einer Vermächtnißanordnung in ein Nachvermächtniß zu Gunsten des Beschwerten umzudeuten sei, kann angemessen erscheinen. Eine solche Vorschrift findet sich im geltenden Rechte, mindestens in Ansehung der auflösenden Bedingung[1]).

[1]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 489; österr. G. B. § 708, Unger § 64 Anm. 11; hess. Entw. Art. 66.

Allein eine solche Umdeutung wird nicht durch die Wahrscheinlichkeit eines derselben entsprechenden Willens des Erblassers gerechtfertigt. Denn dem Beschwerten stehen schon ohne Weiteres bei dem Eintritte der Resolutivbedingung oder des Endtermines Rechte gegenüber dem Bedachten zu (vergl. Mommsen § 98 Abs. 1). Selbst wenn die beigefügte Bedingung oder Zeitbestimmung in das Erfüllungsgeschäft nicht hinübergenommen ist, und dieses Geschäft demgemäß bei Bestand bleibt, steht dem Beschwerten die condictio ob causam finitam zu.

Fünfter Titel.

Auflage.

Der Entwurf schließt in einem besonderen Titel die Vorschriften über die Auflage denen über das Vermächtniß an. Wegen des Unterschiedes zwischen Vermächtniß und Auflage ist die Begründung des § 1757 (S. 10), zu vergleichen.

§ 1886.

Entsprechende Anwendung von Vorschriften über das Vermächtniß.

Da der Entwurf allgemeine Vorschriften, welche sowohl für Vermächtnisse als für Auflagen gelten, nicht enthält, auch nicht wohl enthalten kann[1]), andererseits der nahen Verwandtschaft zwischen diesen beiden Arten der Beschwerung, zu welchen der Erblasser nach den §§ 1756, 1757 berechtigt ist, Rechnung zu tragen ist, erscheint die entsprechende Anwendung einiger der für die Vermächtnisse gegebenen Vorschriften in Ansehung der Auflagen angemessen. Die angezogenen Vorschriften liefern für alle Arten von Auflagen ein befriedigendes Ergebniß.

Durch die Bezugnahme auf den § 1777 Satz 1, 3 wird erkennbar, daß auch in Ansehung der Auflagen unzulässig ist, die Bestimmung des Gegenstandes der Auflage einem Dritten oder dem Beschwerten zu überlassen, soweit nicht eine dem Wahlvermächtnisse oder dem Gattungsvermächtnisse verwandte Auflage in Frage steht.

Die Bezugnahme auf die §§ 1842, 1843 bringt zum Ausdrucke, daß mit der Auflage im Zweifel der Erbe beschwert ist und wie sich die Beschwerung mehrerer Erben oder Vermächtnißnehmer mit einer Auflage gestaltet.

Eine Auflage muß gleichfalls nichtig sein, wenn die den Gegenstand bildende Leistung weder von dem Erblasser bestimmt bezeichnet noch aus der Anordnung zu entnehmen ist (vergl. § 1847). Ist die den Gegenstand der Auflage ausmachende Leistung unmöglich oder durch Gesetz verboten oder verstößt sie gegen die guten Sitten, so muß das Gleiche gelten, wie wenn eine

[1]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. zum § 1757, S. 10.

solche Leistung Gegenstand der Vermächtnißanordnung ist (§ 1853; vergl. auch §§ 105, 106).

Von dem § 1876 ist nur der erste Absatz für entsprechend anwendbar erklärt; der zweite Absatz ist von selbst anwendbar, weil dort nur von dem Beschwerten gesprochen ist. Aus gleichem Grunde besteht kein Bedürfniß, die Vorschriften der §§ 1881, 1882 für anwendbar zu erklären. Die Vorschrift des § 1877 eignet sich hingegen zur entsprechenden Anwendung.

Daß Auflagen unwirksam sind, welche unverständlich oder widersinnig sind, bedarf eines besonderen Ausdruckes nicht. Es fehlt bei einer solchen Auflage hinsichtlich des Gegenstandes an einem erkennbaren Willen des Erblassers. Wenn der § 139 über den Einfluß der Beifügung einer unverständlichen oder widersinnigen Bedingung bestimmt, so beruht dies darauf, daß klarzustellen ist, daß die Bedingung von dem übrigen Inhalte der Willenserklärung nicht getrennt werden darf (Motive zum Allg. Th. S. 267). Für die einer letztwilligen Zuwendung beigefügte Auflage trifft dies nicht zu.

§ 1887.

II. Folgen der Unwirksamkeit.

Die Unwirksamkeit einer Auflage kann die Wirksamkeit der Zuwendung an den mit der Auflage Beschwerten nicht berühren, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt (Satz 1). Jedoch ist genau zuzusehen, was der Erblasser gewollt hat. Den Worten nach kann eine Auflage angeordnet sein, während doch ein Vermächtniß, eine Bedingung für die Zuwendung oder eine Voraussetzung im Sinne des § 1781 vielleicht vorliegt. Ist dies der Fall, so können die Vorschriften über die Auflage nicht zur Anwendung kommen. Im einzelnen Falle kann sehr zweifelhaft sein, ob der Erblasser ein Vermächtniß, eine Bedingung, eine Voraussetzung oder eine Auflage gewollt hat. Nach dem § 1757 ist zu verneinen, daß ein Vermächtniß gewollt ist, wenn es an dem Willen (animus) der Zuwendung an eine Person fehlt. Ob, wenn dieser Wille fehlt, dem Erblasser etwa eine Bedingung vorgeschwebt hat, wird nicht selten schwer festzustellen sein. Durch kasuistische Vorschriften nachzuhelfen, erscheint nicht angemessen; es genügt die Hinweisung „sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt" (Satz 1 a. E.). Unzulässig würde es sein, eine Vermuthung in der einen oder anderen Richtung aufzustellen. Dazu können die Fälle zu verschiedenartig liegen. Anders steht es mit der Voraussetzung im Sinne des § 1781, wenn eine solche sich im Wege der Auslegung annehmen läßt. In einem solchen Falle hört die Auflage nicht auf, Auflage zu sein, allein es finden statt des § 1887 die Vorschriften der §§ 1781, 1784, 1785, 1787 Anwendung. Dies auszusprechen, ist nicht erforderlich, da auch dieser Gedanke bereits dem Schlusse des ersten Satzes zu entnehmen ist. Eine Voraussetzung im Sinne des § 1781 wird nicht vermuthet, wenn eine Auflage vorliegt. Ist nur angeordnet: Mein Erbe (nämlich mein gesetzlicher Erbe) soll mir ein Monument errichten — so ist zu prüfen, ob eine stillschweigende Erbeinsetzung vorliegt. Ist diese Frage zu verneinen, so ist für die Anwendung der Vorschriften über die Anfechtung kein Raum.

Daß die Auflage in Ansehung der Anwendbarkeit des § 1787 eine selbständige Verfügung ist, in ähnlicher Art wie das Vermächtniß, ist durch die §§ 1886, 1887 dem Zweifel entrückt.

Unmöglichwerden.

Im Anschlusse an den § 237 wird beigefügt, daß (sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt) die Zuwendung insbesondere auch dann nicht unwirksam wird, wenn die Vollziehung der Auflage unmöglich wird (Satz 2). Im Wesentlichen stimmen hiermit überein das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 511, 512, das österr. G. B. § 710, wohl auch das sächs. G. B. § 2151 und Mommsen § 122 Abs. 2 (arg. e contr. dessen Mot. S. 225).

Ausnahmen.

Ausnahmen von der Regel des § 1887 sind nicht aufgenommen. Als solche kommen insbesondere folgende in Betracht:

Auflage zu Gunsten des Beschwerten.

I. Der Erblasser hat eine Auflage angeordnet, welche lediglich zu Gunsten des Beschwerten gereicht oder von welcher nicht zu ersehen ist, daß irgend eine andere Person daran ein Interesse hat (vergl. l. 71 pr. D. 35, 1; sächs. G. B. § 2513; Mommsen § 123). Wenn eine solche Auflage vorliegt, bleibt noch möglich, daß der Wille des Erblassers dahin ging, dem Beschwerten eine Verbindlichkeit aufzuerlegen. Diesen Willen (nicht etwa den Willen eines guten Rathes, an welchen selbstverständlich Rechtsfolgen nicht zu knüpfen sind) vorausgesetzt, fehlt es an zureichenden Gründen, der Anordnung ausnahmsweise die verbindende Kraft zu entziehen. Die entstehende Verbindlichkeit des Beschwerten ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Rechtes der Schuldverhältnisse zu beurtheilen. Nach diesen ist die Begründung eines Schuldverhältnisses nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Erfüllung lediglich das Interesse des Erfüllenden fördert, und weil derjenige, welchem gegenüber die Verbindlichkeit übernommen ist, bei der Verbindlichmachung des Schuldners dessen Interesse im Auge gehabt hat. Auch die Verbindlichmachung des Beschenkten durch eine bei der Schenkung gemachte Auflage ist von dem Entwurfe nicht in ähnlicher Weise beschränkt (vergl. § 448).

Mangel eines Interesses.

II. Der Erblasser hat eine Auflage angeordnet, an deren Vollziehung keine überlebende Person ein Interesse hat, oder an deren Vollziehung weder der Erblasser noch eine andere Person ein verständiges Interesse hat. „Interesse" oder „verständiges Interesse" ist dabei in idealem Sinne zu verstehen, denn eine Beschränkung auf das Vermögensinteresse kann gegenüber dem Entwurfe nicht in Frage kommen (vergl. Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 3). Der Grund für eine solche Beschränkung könnte darin gefunden werden, daß der Erblasser, indem er eine solche Anordnung traf, unverständig handelte und seine Verfügungsmacht mißbrauchte. Indessen eine solche Beschränkung ist nicht veranlaßt gegenüber der Auffassung des Entwurfes, nach welcher der Ausübung eines Rechtes selbst dann nicht Schranken gezogen werden, wenn die Ausübung des Rechtes zwecklos, unverständig oder nur anderen Personen lästig ist (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 274, 275). Der Inhalt einer Schuldverbindlichkeit ist auch bei der einer Schenkung beigefügten Auflage nicht in solcher Weise beschränkt. Dem Schuldner geschieht damit nicht Unrecht, denn die Uebernahme einer Verbindlichkeit hängt von seinem Willen ab. Zwar kann in Ansehung zweckloser Auflagen geltend gemacht werden, durch deren Zulassung werde dem

Erblasser gestattet, den Mißbrauch des eigenen Vermögens noch über seinen Tod hinaus zu erstrecken, und der Nachlaß, welcher den Zwecken der Lebenden zu dienen habe, bleibe den vielleicht irrationellen Zwecken des Erblassers dienstbar. Allein dieser Einwand kann nicht maßgebend sein. Entscheidend kommt dagegen in Betracht, daß Unverständigkeit oder Mangel eines jeden, auch nur idealen Interesses kein geeignetes Unterscheidungsmerkmal ist, um davon die Unwirksamkeit einer letztwilligen Anordnung abhängig zu machen, und daß die Aufnahme einer derartigen Vorschrift dazu führen würde, die Veranlassung zu einer letztwilligen Verfügung einer völlig eigenartigen richterlichen Kritik auszusetzen.

Im Anschlusse an den zweiten Satz zu bestimmen, daß in einem solchen Falle die §§ 237, 238 Anwendung zu finden haben, ist entbehrlich. Die allgemeinen Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse finden von selbst Anwendung, soweit sie nicht bei einer Auflage gegenstandslos sind. Die Vorschriften des § 238 werden übrigens, wenn überhaupt, jedenfalls nur in sehr seltenen und schwer zu konstruirenden Fällen bei der Auflage anwendbar werden können.

Weigerung eines Dritten, mitzuwirken.

Entsprechend dem § 1763 auszusprechen, daß es als eine unverschuldete Unmöglichkeit anzusehen ist, wenn ein Dritter die zur Vollziehung der Auflage nöthige Mitwirkung verweigert, ist ebenfalls nicht erforderlich. Daß in dem bezeichneten Falle Unmöglichkeit vorliegt, bedarf keines Ausdruckes. Der § 1763 soll auch nicht verdeutlichen, daß in einem solchen Falle Unmöglichkeit vorliegt, bestimmt vielmehr, daß diese besondere Art der Unmöglichkeit — entgegen der Regel — der Erfüllung der Bedingung gleichzuachten ist.

Wegen der verschuldeten Unmöglichkeit vergl. § 1888.

Veräußerungsverbot.

Im geltenden Rechte finden sich Vorschriften über das als Auflage aufgestellte Veräußerungsverbot[1]).

Derartige Vorschriften sind für den Entwurf entbehrlich. Daß ein rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot mit Wirkung gegen Dritte nicht statthaft ist, erhellt aus den §§ 107 Abs. 1 Satz 2, 295 Abs. 2, 312, 796, 1077 (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 213). Ein von dem Erblasser angeordnetes dingliches Veräußerungsverbot verstößt gegen das Gesetz und gilt nach dem § 1886 in Verbindung mit dem § 1853 als nicht beigefügt. Die Auflage erzeugt nur eine obligatorische Verpflichtung. Als solche Auflage ist also das Veräußerungsverbot zulässig. Das Verbot wird jedoch in der Regel unter die Vorschrift des § 1844 oder unter die Vorschrift des § 1885 fallen.

§ 1888.

Berechtigung, die Vollziehung zu fordern.

Die den im § 1888 bezeichneten Berechtigten beigelegte Befugniß, die Vollziehung der Auflage zu fordern (Satz 1), ist mehr eine formale; ihnen wird nicht ein Forderungsrecht von materiellem Vermögenswerthe zugewendet,

---

[1]) Windscheid § 678 Nr. 3; Dernburg § 163 Nr. 4.

da die Leistung aus der Auflage für sie ohne unmittelbares vermögensrechtliches Interesse ist. Sind mehrere Personen forderungsberechtigt, so kann ein Jeder die ganze Leistung verlangen.

Auf dieses Forderungsrecht finden die allgemeinen Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse Anwendung, soweit nicht aus dem Mangel eines vermögensrechtlichen Interesses des Berechtigten sich ergiebt, daß für die Anwendung kein Raum ist, wie dies z. B. in Ansehung des Schadensersatzanspruches der Fall ist (vergl. Motive des Rechtes der Schuldverh. zum § 240 S. 49, 50).

Berechtigte Personen.

Als berechtigte Personen sind, auf den vermuthlichen Willen des Erblassers gesehen, zunächst der Testamentsvollstrecker, wenn ein solcher vorhanden, und der Erbe, einschließlich des Miterben, zu bezeichnen. Die Bezeichnung dieser Personen genügt noch nicht, sonst würde es an einem Berechtigten fehlen, wenn der einzige gesetzliche Erbe beschwert, ein Testamentsvollstrecker aber nicht ernannt ist. Auch gegenüber anderen Beschwerten erscheint eine Erweiterung des Kreises der Berechtigten im Interesse der Ausführung des letzten Willens erforderlich. Der Entwurf bezeichnet als solche weitere Berechtigte diejenigen, welche bei dem Wegfalle des Beschwerten Vortheile erhalten würden, die ihnen durch die Zuwendung an den Beschwerten entgangen sind. Diese Personen sind als dem Erblasser nach dem Beschwerten am nächsten stehend anzusehen[1]).

Auflagen im öffentlichen Interesse.

Sind Auflagen im öffentlichen Interesse gemacht, so ist es gerechtfertigt, den zuständigen öffentlichen Organen das Recht beizulegen, die Erfüllung der Auflage zu erzwingen. Ueber die Zuständigkeit der berechtigten Behörden wird nichts bestimmt; eine Verweisung auf das öffentliche Recht reicht aus. Von selbst versteht sich, daß die zuständige Behörde nach dem Landesrechte angewiesen sein kann, von der Befugniß keinen Gebrauch zu machen. Der Vorbehalt für das Reichsrecht ist geboten, weil die Fälle nicht selten sein werden, in welchen das Reich veranlaßt sein kann, die Vollziehung einer Auflage herbeizuführen.

Zeit der Leistung.

Ueber die Zeit der Leistung entscheiden die allgemeinen Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse. Mit dem österr. G. B. § 904, dem sächs. G. B. § 2152 und Mommsen § 122 Abs. 1 (dessen Mot. S. 225) zu bestimmen, das Nachlaßgericht könne auf Verlangen des Berechtigten eine Frist setzen, ist nicht erforderlich, auch durch ein praktisches Bedürfniß nicht geboten.

Haftung nicht über den Vortheil.

Der Grundsatz, daß, falls die Erfüllung einen Vermögensaufwand erheischt, der Beschwerte nicht in weiterem Umfange in Anspruch genommen werden kann, als der aus dem Nachlasse ihm gewordene Vortheil reicht, bedarf eines besonderen Ausdruckes nicht, zumal in den §§ 1876, 1881, 1882 bereits von dem Beschwerten gesprochen ist. Die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 1881, 1882 auszusprechen, ist um so weniger Anlaß, als bei der Auflage

[1]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Windscheid § 636 Anm. 5; Brinz § 376 Anm. 10; Roth § 310 Anm. 104—106, § 320 Anm. 12; preuß. A. L. R. I, 12 § 514; Unger § 18 bei Anm. 4; sächs. G. B. §§ 2151, 2152; Mommsen §§ 121, 122; hess. Entw. Art. 69.

nicht von einer Beschwerung desjenigen, welcher durch die Auflage einen Vortheil erlangt, die Rede sein kann.

Recht bei verschuldeter Unmöglichkeit.

Eine größere Zahl der Rechte[1]) giebt denjenigen Personen, welchen durch den Wegfall des Beschwerten Vortheile zufallen würden, ein kondiktionsartiges Recht auf Herausgabe des von dem Beschwerten Empfangenen gegen den Beschwerten, wenn diesem die Vollziehung der Auflage in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist. Von Aufnahme einer solchen Vorschrift ist abgesehen. Auch in Ansehung der einem Beschenkten gemachten Auflage enthält der Entwurf eine Vorschrift dieses Inhaltes nicht (vergl. § 448; Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 301, 302). Im Falle der Zuwendung durch letzten Willen kann der Wille des Erblassers ebenfalls ein sehr verschiedener gewesen sein. Insbesondere sind folgende Möglichkeiten nahe liegend. Im Falle schuldhafter Nichterfüllung oder verschuldeter Unmöglichkeit soll nach dem Willen des Erblassers die Zuwendung kraft des Gesetzes wegfallen (negativ-potestative Resolutivbedingung), oder es soll die Zuwendung von Anfang an als nicht gemacht gelten, oder es soll eine obligatorische Rückgabeverpflichtung in Ansehung des mit der Beschwerung Empfangenen eintreten, oder der Beschwerte soll zur Leistung des Interesses wegen der Nichterfüllung obligatorisch verpflichtet sein. Eine dieser Möglichkeiten durch Aufstellung einer Dispositivvorschrift oder auch nur einer Auslegungsregel zu bevorzugen, würde bedenklich sein. Eine für alle Fälle passende Regel kann um so weniger aufgestellt werden, als der Entwurf die Auflage in sehr weitem Umfange zugelassen hat. Soweit ein bestimmter und statthafter Wille des Erblassers aus den Umständen erkennbar ist, sind die für die zu ermittelnde Willensmeinung geltenden gesetzlichen Vorschriften maßgebend. Es kann sich sehr wohl ergeben, daß die Auflage alsdann nicht mehr als solche, sondern als Bedingung u. s. w. in Betracht kommt.

Wegfall des Beschwerten.

Daß die Auflage, wenn die mit derselben beschwerte Zuwendung deshalb unwirksam wird, weil der Beschwerte nicht Erbe oder Vermächtnißnehmer wird, demjenigen zur Last fällt, welchem der Wegfall des Erben oder Vermächtnißnehmers zu statten kommt[2]), ist durch die Bezugnahme auf den § 1876 Abs. 1 im § 1886 bestimmt.

Wegen der Unzulässigkeit, sich in Ansehung von Auflagen in einem Erbeinsetzungsvertrage vertragsmäßig zu binden vergl. zum § 1956.

---

[1]) Windscheid § 556 Anm. 3, § 636 Anm. 5, 6, § 678 Anm. 6; preuß. A. L. R. I, 12 § 510—513; österr. G. B. §§ 709, 710; sächs. G. B. § 2152; Mommsen § 122 Abs. 2.

[2]) Hess. Entw. Art. 253, 292.

Sechster Titel.

Testamentsvollstrecker.

Vorbemerkung.

In welcher Weise die Stellung des Testamentsvollstreckers juristisch zu konstruiren sei, ist schwierig und in Ansehung des geltenden Rechtes sehr bestritten[1]). Konstruktion.

Nach einer Auffassung soll der Testamentsvollstrecker der Mandatar des Erblassers sein. Diese Auffassung wird insbesondere vertreten von der Doktrin für das franz. Recht; nach der herrschenden Meinung ist sie auch die des preuß. A. L. R. und wohl auch die des österr. G. B.[2]). Nach einer anderen Auffassung ist der Testamentsvollstrecker Mandatar der Erben (sächs. G. B. § 2244). Eine dritte Ansicht geht dahin, er sei Vertreter oder formeller Repräsentant des Erblassers oder doch Repräsentant des Nachlasses[3]). Nach einer vierten Ansicht besteht zwischen dem Erben und dem Vollstrecker ein dem Vormundschaftsverhältnisse ähnliches Verhältniß[4]). Noch eine andere Auffassung, nach welcher der Vollstrecker ein beschwerter Vermächtnißnehmer sein soll[5]), hat wohl in neuerer Zeit keine Anhänger mehr.

Der Entwurf enthält sich einer prinzipiellen Vorschrift, soweit solche nicht dem § 1903 zu entnehmen sein möchte, und überläßt es der Wissenschaft, aus den aufgestellten Vorschriften das Endergebniß zu ziehen.

Das Wort „Testamentsvollstrecker“ ist im Anschlusse an die Mehrzahl der neueren Schriftsteller gewählt.

§ 1889.

Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers gehört nicht zu den Auflagen im Sinne des § 1757. Indem hervorgehoben wird, der Erblasser könne durch letztwillige Verfügung einen oder mehrere Testamentsvollstrecker ernennen (erster Halbsatz), wird ersichtlich, daß es sich auch hier um eine Erweiterung der Testirbefugniß des Erblassers handelt (§§ 1755—1757, 1800, 1804), ähnlich wie bei der im Familienrechte zugelassenen Ernennung eines I. Ernennung. 1. Durch den Erblasser.

---

[1]) Vergl. Stobbe § 309 S. 274—277; Windscheid § 567 Anm. 6, 7; Dernburg § 164, Eccius § 255 S. 485—496; Unger § 27 Anm. 7.

[2]) Le Fort 1878 S. 53; Eccius § 255 S. 491, 492; Entsch. d. R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 455; — dagegen Stobbe § 309 Anm. 42; — für das österr. G. B. Unger § 27 Anm. 7.

[3]) Dernburg § 164 bei Anm. 9; Sturm in Ihering's Jahrb. Bd. 20 S. 91 ff.; hierzu Entsch. d. R. G. Bd. 16 S. 188, 189.

[4]) Windscheid § 567 Anm. 7, u. A.

[5]) Koch, Erbrecht § 33, insbesondere S. 339; hiergegen Entsch. d. R. G. Bd. 16 S. 187.

Vormundes u. s. w. (vergl. §§ 1287, 1347, 1351, 1396, 1431, 1510, 1517, 1538, 1636, 1640, 1647, 1652, 1660, 1693, 1695, 1718, 1738, 1745). Mit Rücksicht hierauf ist den Vorschriften über den Testamentsvollstrecker ein besonderer Titel gewidmet.

Verwaltender und überwachender Vollstrecker.

Der Entwurf geht nicht aus von einer grundsätzlichen Unterscheidung verschiedener Arten Testamentsvollstrecker in dem Sinne, daß besondere Vorschriften gegeben würden für verwaltende und für überwachende Testamentsvollstrecker, für letztere etwa durch eine Art formalen Vermächtnisses mit Zuweisung des Forderungsrechtes, die Vollziehung der Auflagen zu überwachen. Zu einer solchen Unterscheidung besteht kein Bedürfniß. Der Erblasser kann dem Vollstrecker einzelne der ihm durch das Gesetz beigelegten Befugnisse entziehen (vergl. § 1905). Einem lediglich überwachenden Vollstrecker kann nach dem Entwurfe eine weitere Befugniß nicht beigelegt werden, als die ihm nach dem § 1888 in Ansehung der Auflagen zustehende. Ist der Vollstrecker hierauf allein, also auf die Ausübung eines Nebenrechtes, beschränkt, so bedarf es weiterer Vorschriften nicht, insbesondere, da davon abgesehen ist, ihm ein besonderes Interventionsrecht in Rechtsstreitigkeiten beizulegen (vergl. zum § 1904).

Dem Vollstrecker kann auch die Ausführung eines einzelnen Geschäftes, welches an sich dem Erben obliegen würde, übertragen werden; dies ergiebt sich aus dem § 1905.

Widerruflichkeit der Verfügung.

Die Worte „durch letztwillige Verfügung“ bringen zum Ausdrucke, daß die Anordnung nur durch eine stets widerrufliche Verfügung erfolgen kann. Dies ist wesentlich, weil der Erblasser durch die Anordnung von Todeswegen verfügt. Hiermit stimmt das gemeine Recht überein[1]), wohl auch der code civil Art. 1025 und der hess. Entw. Art. 204, 98. Einige Rechte lassen die Ernennung durch Vertrag oder gar in mündlicher Form zu[2]).

Bei der gesetzlichen Erbfolge.

Zulässig ist die Vollstreckungsanordnung auch dann, wenn der Erblasser es bei der gesetzlichen Erbfolge ganz oder zum Theil belassen will. Hierauf weist der Inhalt der §§ 1897—1910 zur Genüge hin; der Gebrauch des Wortes Testamentsvollstrecker wird berechtigte Zweifel nicht hervorrufen.

Bezeichnung der Person.

Daß die Person des Vollstreckers in der Anordnung zu bezeichnen ist, erscheint, vorbehaltlich des Falles des § 1890, selbstverständlich und ist deshalb nicht ausdrücklich bestimmt. Wegen der Ernennung eines Testamentsvollstreckers in einem Erbeinsetzungsvertrage vergl. zum § 1956.

Dem Vollstrecker wird mit dem geltenden Rechte eine absolute Rechtsstellung beigelegt; deshalb kann nicht die Fassung gewählt werden „der Erblasser könne einen Erben oder Vermächtnißnehmer in der Art beschweren, daß ....“; denn dadurch würde der Gedanke nahe gelegt, wenn nicht geradezu ausgesprochen,

---

[1]) Windscheid § 567 Anm. 6; aber dagegen Stobbe § 309 Anm. 5.

[2]) Ernennung durch Vertrag, sächs. G. B. § 2230; für das österr. G. B. Unger § 27 Anm. 5, 6; — für das preuß. A. L. R. bestehen darüber Zweifel, Eccius § 255 Anm. 34, Dernburg § 165 Anm. 2; Stobbe § 309 Anm. 3, 4. Dem bayr. L. R. III, 2 § 16 Nr. 4 genügt mündliche Ernennung. Mommsen gestattet die Ernennung in einer von dem Erblasser eigenhändig ge- und unterschriebenen Urkunde (§ 180).

die Ernennung gewähre dem Vollstrecker gegenüber dem Beschwerten nur obligatorische Rechte wie eine Auflage.

Substitut.

Durch die an den § 1800 sich anschließende Vorschrift, der Erblasser könne einen Vollstrecker auch für den Fall ernennen, daß der zunächst Ernannte vor oder nach der Annahme des Amtes wegfällt (zweiter Halbsatz), gelangt zum Ausdrucke, daß der Erblasser Substituten ohne Beschränkung ernennen kann. Die Verwendung des Wortes „Amt" macht erkennbar, daß es sich um Rechte und Pflichten des Vollstreckers handelt. Damit wird nicht bestimmt, die Funktion als Vollstrecker sei ein öffentliches Amt.

§ 1890.

2. Bestimmung durch einen Dritten.

In Abweichung von dem § 1770 wird vorgeschrieben, der Erblasser könne die Bestimmung der Person des Vollstreckers auch einem Dritten überlassen (Satz 1). Danach kann der Vollstrecker auch ermächtigt werden, sich einen Nachfolger zu bestellen. Eine Beschränkung im Sinne des § 1770 wäre um so weniger gerechtfertigt, als damit dem Erblasser die Macht abgesprochen würde, den Vollstrecker mit Substitutionsbefugniß auszustatten, und hierdurch in vielen Fällen eine zweckmäßige Anordnung ausgeschlossen würde.

Die Bestimmung durch einen Dritten ist dahin geregelt, daß eine von dem Dritten gegenüber dem Nachlaßgerichte in gerichtlicher oder notarieller Form abzugebende Erklärung erforderlich sei (Satz 2). Mit Rücksicht auf die absolute Rechtsstellung des Vollstreckers erscheint Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte zweckmäßig. Die Formalisirung dient zugleich dazu, festzustellen, wann das Bestimmungsrecht des Dritten ausgeübt und damit erschöpft ist.

Eine vollständige Uebertragung des Amtes seitens des Vollstreckers an einen Dritten ist, soweit nicht die Voraussetzungen des § 1890 vorliegen, ausgeschlossen[1]). Dies ergiebt sich von selbst aus der höchstpersönlichen Natur der Rechtsstellung des Vollstreckers. Für einzelne Geschäfte kann der Vollstrecker sich Substituten bestellen. Letzeres erhellt zur Genüge aus den §§ 1890, 1908 Abs. 1 in Verbindung mit den §§ 588, 589.

§ 1891.

3. Geschäftsunfähigkeit rc. des Ernannten.

Des Umstandes, daß der Ernannte bereits verstorben ist, besonders zu gedenken, ist nicht erforderlich. Entsprechend der Regelung bei der Vormundschaft (§ 1699) genügt in dieser Hinsicht der § 1894. Wenn das Amt mit dem Tode des Vollstreckers erlischt, so ergiebt sich daraus mit hinreichender Deutlichkeit, daß das Amt nicht vererblich ist.

Der § 1891 bestimmt die Unwirksamkeit der Ernennung, wenn der Ernannte geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Die Unwirksamkeit ist nur für den Fall ausgesprochen, daß der Ernannte zu der Zeit,

---

[1]) Vergl. Stobbe § 309 Anm. 19; Eccius § 255 S. 503, Dernburg § 166 Anm. 17; Mommsen's Mot. S. 258.

in welcher er nach dem Willen des Erblassers das Amt anzutreten hat, geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Die Zeit des Erbfalles kann nicht maßgebend sein; denn es kommt lediglich auf die Zeit an, in welcher das Amt übernommen werden soll. Andererseits kann dem Mangel nicht eine aufschiebende Wirksamkeit beigelegt, also nicht von Unwirksamkeit, solange der Vollstrecker unfähig ist, gesprochen werden, weil die Anordnung einer Testamentsvollstreckung ihren Zweck nicht erreichen würde, wenn der Ernannte nicht gleich bei dem Beginne des Amtes, also zu der Zeit, in welcher er handeln soll, handeln kann, zumal die Vollziehung häufiger in nicht zu langer Zeit sich zu erledigen pflegt. In der Regel wird es dem Willen des Erblassers und dem Bedürfnisse entsprechen, daß der Vollstrecker sofort nach dem Eintritte des Erbfalles eingreife. Indessen sind auch Fälle denkbar, in welchen der Ernannte erst später, z. B. als Ersatzmann, eintreten soll und kann. In solchen Fällen ist die später gehobene Unfähigkeit des Ernannten während des sich einschaltenden Zwischenraumes unerheblich; jener früheren Unfähigkeit, z. B. der Minderjährigkeit, kann ein Einfluß auf die Wirksamkeit der Ernennung nicht beigemessen werden. Indem die Zeit, in welcher das Amt angetreten werden soll, als entscheidend erklärt wird, wird dies genügend klargestellt[1]). Die Vorschrift trifft auch die Fälle, in welchen ein Dritter zur Bestimmung der Person des Vollstreckers berufen ist.

§ 1892.

4. Beginn des Amtes.

Für den Beginn des Amtes paßt nicht der Anfall kraft des Gesetzes; es muß positive Annahme erfordert werden (Abs. 1).

Der zweite Absatz bestimmt über die Art, wie die Annahme und Ablehnung zu erfolgen hat. Da ein definitiver Zustand geschaffen werden soll, muß bedingten oder betagten Erklärungen die Wirksamkeit versagt und die Unwiderruflichkeit der Ablehnung ausgesprochen werden. Mit Rücksicht auf die wichtigen Folgen, welche sich an die Annahme knüpfen, und welche auf dritte Personen sich erstrecken, kann eine für Dritte nicht klarzustellende Annahme gegenüber dem Erben nicht genügen. Vielmehr muß eine Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte verlangt werden. Nur eine solche kann ohne Schwierigkeit auch von Dritten festgestellt werden. Dagegen erscheint es nicht gerechtfertigt, für die Erklärung gerichtliche oder notarielle Form, wie im Falle des § 1890 Satz 2, zu erfordern. Hiergegen spricht schon, daß dadurch Kosten verursacht würden, welche der zum Vollstrecker Ernannte mindestens vorzuschießen hätte.

Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte.

Den Betheiligten ist die Möglichkeit zu gewähren, die Annahme oder Ablehnung festzustellen. Das Bedürfniß der Betheiligten, insbesondere der Erben, auf kurzem Wege Gewißheit zu erlangen, ob der Ernannte das Amt

Feststellung der Annahme oder Ablehnung.

---

[1]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Stobbe § 309 Anm. 2; Roth § 390 Anm. 8, 9; Eccius § 255 S. 502, Dernburg § 165 Anm. 5—8; sächs. G. B. §§ 2230, 2231; code civil Art. 1028—1030; Mommsen § 181 (Mot. S. 258); hess. Entw. Art. 201—203.

annimmt oder ablehnt, läßt sich nicht leugnen. Wer ein Betheiligter ist, ergiebt sich ohne Weiteres. Zu den Betheiligten gehört auch ein neben einem Anderen ernannter Testamentsvollstrecker. Das Nachlaßgericht hat auf Antrag eines Betheiligten dem Ernannten eine Erklärungsfrist zu setzen; Nichtabgabe einer bestimmten Erklärung innerhalb der Frist gilt als Ablehnung (Abs. 3).

Widerruflichkeit der Ernennung.

Die Ernennung ist widerruflich und kann selbst dann widerrufen werden, wenn der Erblasser auf den Widerruf verzichtet oder die Uebernahmeerklärung des Ernannten angenommen hat. Da die Ernennung eines Testamentsvollstreckers eine letztwillige Verfügung ist, so versteht sich die Widerruflichkeit (§ 1753 Abs. 2, § 1754) von selbst.

Vertrag

Eine Vorschrift über die Wirkungen eines zur künftigen Uebernahme des Amtes verpflichtenden Vertrages ist entbehrlich. Ein solcher Vertrag ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen. Einer Erklärung der Bereitwilligkeit, das Amt zu übernehmen, gegenüber dem Erblasser oder einem Erben, kann eine besondere Wirkung nicht beigelegt werden. Aus den Gründen, aus welchen Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte verlangt wird, kann ferner nicht einem thatsächlichen Eingreifen des Ernannten eine besondere verpflichtende Wirkung zugeschrieben werden[1]).

Annahmepflicht des Ernannten.

Der Entwurf schreibt eine Annahmepflicht des Ernannten nicht vor. Auch wenn einem Erben oder Vermächtnißnehmer das Amt übertragen wird, ist in der Regel eine Auflage nicht anzunehmen, da die Ernennung nicht als Auflage behandelt ist. Der wesentliche Inhalt der Ernennung besteht nicht in der Auflage, gewisse Dienste zu leisten, sondern in der Uebertragung eines mit Rechten und Pflichten verbundenen Amtes. Ausgeschlossen kann nicht werden, daß der Erblasser die Annahme der Ernennung zur Auflage macht. Ob dies aber gewollt ist, ist eine Thatfrage, für welche eine Auslegungsregel sich nicht aufstellen läßt.

Vorbehalt für Landesgesetze.

Mit Rücksicht auf einzelne geltende Rechte (vergl. z. B. bayr. Notariatsges. v. 10. November 1861 Art. 29 ff.) wird jedoch den Landesgesetzen im Einführungsgesetze gestattet werden, zu bestimmen, daß Notare zur Annahme des Amtes verpflichtet sind. Reichsgesetzlich kann den Notaren eine Annahmepflicht nicht wohl auferlegt werden, da zur Zeit eine reichsgesetzliche Regelung des Notariatswesens nicht in Frage ist, und genügende Gründe nicht vorliegen, in dieser Hinsicht einzugreifen. Die Landesgesetze können eine öffentlichrechtliche Pflicht der Notare zwar auch ohne besonderen Vorbehalt bestimmen. Der Vorbehalt wird aber aufgenommen werden, weil sich ein Bedürfniß ergeben kann, dieser Pflicht auch einen privatrechtlichen Karakter beizumessen, sodaß die Annahmepflicht gegenüber den Betheiligten ebenfalls besteht (vergl. § 736). Wären die Notare überall im Reiche Beamte, so würde auch der Vorbehalt entbehrlich sein.

Eine Annahmepflicht noch anderen öffentlich bestellten Personen aufzuerlegen, besteht einerseits kein Bedürfniß. Andererseits würde eine solche

[1]) Vergl. Stobbe § 309 Anm. 6, 7, 14—16; Roth § 390 Anm. 10—14; Eccius § 255 S. 503, Dernburg § 165; sächs. G. B. §§ 2233—2235; Mommsen § 182; hess. Entw. Art. 205, 208.

Vorschrift nicht unbedenklich sein, da sonst den Landesgesetzen freigegeben werden müßte, in Gebiete einzugreifen, welche von denselben unberührt zu bleiben haben, insbesondere in das Gebiet des Gewerberechtes und der Rechtsanwaltsordnung.

Bescheinigung der Ernennung.

Dem Vollstrecker eine urkundliche Bescheinigung seiner Ernennung durch das Nachlaßgericht ertheilen zu lassen, ist nicht zulässig. Eine solche Bescheinigung, welche freilich keineswegs als eine manchen älteren Rechten bekannte gerichtliche Bestätigung oder gar Verpflichtung des Vollstreckers durch das Gericht sich darstellte[1]), würde nur dann von erheblicher Bedeutung sein, wenn ihr der Karakter eines Legitimationspapieres beigelegt würde, auf welches die Vorschriften über den Schutz des gutgläubigen Dritten Anwendung finden. Der Bestallung eines Vormundes einen solchen Karakter beizulegen, ist jedoch als bedenklich angesehen (vergl. Motive zum Familienrechte S. 1079, 1080). Für Urkunden, welche zur Legitimation des Vorstandes einer juristischen Person oder des Inhabers der elterlichen Gewalt dienen, ist ebensowenig eine derartige Vorschrift aufgenommen. Der § 73 der Konk. O. legt gleichfalls der dem Konkursverwalter zu ertheilenden Bescheinigung der Ernennung zum Verwalter eine solche Tragweite nicht bei (Mot. zur Konk. O. S. 305). Seine Legitimation kann der Vollstrecker zudem leicht darthun, indem er die seine Ernennung enthaltende letztwillige Verfügung oder die von dem wahlberechtigten Dritten nach dem § 1890 ausgestellte Urkunde vorlegt.

§ 1893.

II. Mehrere Testamentsvollstrecker.

Entsprechend dem anzunehmenden Willen des Erblassers ist bestimmt, daß mehrere Testamentsvollstrecker nur gemeinschaftlich handeln können[2]) (Abs. 1). Die Fassung bringt zugleich zum Ausdrucke, daß der Erblasser mehrere Vollstrecker neben einander ernennen kann und daß, wenn solches geschehen, diese Vorschrift Anwendung findet.

Wegfall eines der Mehreren.

Einer Entscheidung bedarf die im geltenden Rechte nicht überall gelöste Frage[3]), welchen Erfolg der Umstand hat, daß von mehreren ernannten Vollstreckern der eine oder andere wegfällt. Die Entscheidung ist nach Maßgabe des anzunehmenden Willens des Erblassers dahin getroffen, daß der Weggefallene in Ansehung der Zeit nach dem Wegfalle als nicht ernannt anzusehen ist (Abs. 2). Daneben den Fall vorübergehender Behinderung eines mitberufenen Vollstreckers durch Abwesenheit, Krankheit u. s. w. zu berücksichtigen, wird nicht durch ein dringendes Bedürfniß erfordert. Eine solche Vorschrift würde mit der Gefahr eines Mißbrauches des Rechtes zum Alleinhandeln verbunden sein und dadurch vielleicht sogar die Rechtssicherheit beeinträchtigen.

---

[1]) Vergl. Roth § 390 Anm. 12; Stobbe § 309 Anm. 14.

[2]) Stobbe § 309 Anm. 8; Roth § 391 Anm. 14, 15; code civil Art. 1033; Dernburg § 165 hinter Anm. 9, Eccius § 255 Anm. 61, 62.

[3]) Stobbe § 309 Anm. 11, 12; code civil Art. 1025, 1033; sächs. G. B. § 2236; Mommsen § 183; hess. Entw. Art. 207 (Mot. S. 131); Dernburg § 169 Anm. 3.

Im geltenden Rechte finden sich Vorschriften darüber, wer bei Meinungsverschiedenheit der mehreren Testamentsvollstrecker über eine Maßregel zu entscheiden habe, theils durch Verweisung auf die Entscheidung des Nachlaßgerichtes, theils durch Hinweisung auf Mehrheitsbeschlüsse oder gar auf den Prozeßweg zwischen den Vollstreckern; letzteres wird nur von Schriftstellern behauptet[1]). Von einer Vorschrift ist abgesehen. Das Nachlaßgericht entscheiden zu lassen, würde nicht im Einklange stehen mit der von dem Entwurfe dem Nachlaßgerichte zugewiesenen Stellung. Ein dringendes praktisches Bedürfniß liegt nicht vor, dem Gerichte in einem solchen Falle ähnliche Funktionen aufzuerlegen, wie solche dem Vormundschaftsgerichte bei Meinungsverschiedenheit mehrerer Vormünder oder Pfleger nach dem § 1652 Abs. 2 obliegen. Im Falle der Testamentsvollstreckung handelt es sich lediglich um das private Interesse solcher Personen, welche an sich ihre Rechte selbst wahrzunehmen im Stande sind. Dies Interesse bietet zur Hereinziehung der Behörde außerhalb einer richterlichen Thätigkeit aus dem Gesichtspunkte einer verwaltenden Funktion der Behörde keine ausreichende Grundlage.

§ 1894.

III. Erlöschen des Amtes. 1. Erlöschensgrund.

Die dem geltenden Rechte entsprechende Vorschrift, daß das Amt erlischt, wenn der Vollstrecker stirbt oder geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt wird, bringt zugleich die Unvererblichkeit des Amtes zum Ausdrucke (vergl. S. 219)[2]).

§ 1895.

2. Kündigung seitens des Vollstreckers.

Dem Testamentsvollstrecker wird die Befugniß beigelegt, zu jeder Zeit das Amt zu kündigen. Durch Bezugnahme auf den § 598 Abs. 2, 3 wird dafür gesorgt, daß das Aufgeben des Amtes nicht zur Unzeit erfolgen darf und daß unzeitige Kündigung den Vollstrecker schadensersatzpflichtig macht. Die Kündigung soll nur in der Art erfolgen, daß die Erben für die Besorgung der Geschäfte anderweite Fürsorge zu treffen vermögen. Die Kündigungsbefugniß des Vollstreckers ist im geltenden Rechte nicht überall unbestritten[3]); einige Rechte (z. B. sächs. G. B. § 2235; Mommsen § 182; hess. Entw. Art. 206) lassen ausschließlich die Enthebung durch das Nachlaßgericht auf Antrag des Vollstreckers zu.

Die Gründe, welche den Entwurf bestimmt haben, im § 598 dem Beauftragten das freie Kündigungsrecht in Ansehung des Auftrages zu gewähren, treffen auch für den Vollstrecker zu und sprechen dagegen, an die Annahme

---

[1]) Stobbe § 309 Anm. 10; Roth § 391 Anm. 16; Dernburg § 165 Anm. 11; — für Mehrheitsbeschluß bayr. L. R. III, 2 § 19 Nr. 3; Stobbe § 309 Anm. 9; — für den Prozeßweg Koch, Erbrecht S. 347 ff., mit ihm Foerster, dagegen Eccius § 255 Anm. 62.

[2]) Vergl. code civil Art. 1032; hess. Entw. Art. 222; Eccius § 255 S. 504, 505, Dernburg § 169 Nr. 1; Roth § 392 Anm. 2.

[3]) Stobbe § 309 Anm. 6, 7, 18.

der Ernennung zum Vollstrecker eine lästigere Gebundenheit zu knüpfen als an die Annahme eines Auftrages. Freilich kann eingewendet werden, der Erblasser könne unter Umständen ein besonderes, wenn auch nur ideales Interesse daran haben, daß der Vollstrecker fester gebunden sei als ein Beauftragter; denn er sei durch seinen Tod gehindert, an Stelle des kündigenden Vollstreckers einen anderen zu ernennen; der Vollstrecker habe durch die Annahme des Amtes in eine solche Gebundenheit eingewilligt. Allein es wäre bedenklich, in solcher Weise das Interesse des Erblassers zu bevorzugen. Die Folge könnte sein, daß häufig das Amt abgelehnt würde. Zudem steht es dem Erblasser frei, wie für den Fall der Ablehnung, so für den Fall der Kündigung einen Ersatzmann zu ernennen. Dem Vollstrecker nur offen zu lassen, seine Enthebung von dem Amte bei dem Nachlaßgerichte aus wichtigen Gründen zu beantragen, ist schon deshalb nicht rathsam, weil eine ersprießliche Thätigkeit des wider seinen Willen im Amte festgehaltenen Vollstreckers nicht häufig zu erwarten ist. Die Niederlegung des Amtes in solcher Weise zu erschweren, wäre aber auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil ein Hereinziehen des Nachlaßgerichtes zu vermeiden ist, soweit nicht ein dringendes Bedürfniß vorliegt. Da es an einer zur Ausführung der letztwilligen Verfügung an Stelle des Vollstreckers verpflichteten Person nicht fehlt, vielmehr die Ausführung alsdann dem Erben selbst obliegt, kann ein derartiges Bedürfniß nicht anerkannt werden.

Form der Kündigung.

Die Kündigungserklärung an die gerichtliche oder notarielle Form zu binden, wie im Falle des § 1890 Satz 2, geht nicht an; darin würde eine schon des Kostenpunktes wegen nicht angemessene Erschwerung liegen, für welche innere Gründe nicht sprechen.

§ 1896.

3. Enthebung von dem Amte.

Die Vorschriften über die Enthebung des Vollstreckers von dem Amte, welche sich im Wesentlichen an das geltende Recht anschließen[1]), gewähren einen Ersatz für das bei dem Auftragsvertrage auf Seiten des Geschäftsherrn bestehende Widerrufsrecht, welches den Erben wegen des Zweckes der Anordnung versagt werden muß. Ein Ersatz läßt sich nur beschaffen, indem das Nachlaßgericht in Thätigkeit tritt.

Eine Enthebung von Amtswegen (sächs. G. B. § 2242; Mommsen § 186), soweit das Gericht von Amtswegen für den Nachlaß zu sorgen hat, kann nicht bestimmt werden, da der Entwurf eine amtliche Nachlaßbehandlung nur in den Fällen der § 2058 ff. kennt, eine solche Vorschrift daher für die meisten Fälle gegenstandslos wäre.

Das Antragsrecht wird jedem Betheiligten beigelegt. Wer betheiligt ist, näher zu bestimmen, ist auch hier entbehrlich (vergl. S. 221).

Die Thätigkeit des Nachlaßgerichtes ist als eine Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufzufassen, ähnlich wie die des Handelsgerichtes in

[1]) Stobbe § 309 Anm. 18; sächs. G. B. §§ 2241, 2242; Mommsen § 186; hess. Entw. Art. 223; Dernburg § 169 Anm. 6, 7, Eccius § 255 Anm. 76; Roth § 392 Anm. 6.

den Fällen der Art. 160, 195, 226, 253, 323 u. s. w. H. G. B. Nähere Verfahrensvorschriften sind entbehrlich; auf dem Gebiete des Handelsrechtes haben sich in der Praxis daraus, daß es an solchen fehlt, Uebelstände nicht ergeben. Eine Regelung durch Reichsrecht würde um so weniger angemessen sein, als auch sonst das Verfahren in solchen Sachen der nicht streitigen Rechtspflege reichsgesetzlich nicht geregelt ist (§ 2 des Einf. Ges. zum G. V. G.) und die Landesgesetze gleichfalls nicht durchgängig besondere Vorschriften darüber enthalten. Nur die Anhörung des Vollstreckers ist aus Zweckmäßigkeitsgründen vorgeschrieben.

Gegen die Entscheidung des Nachlaßgerichtes noch den ordentlichen Prozeßweg offen zu halten, besteht kein hinreichender Anlaß. Dagegen sprechen die Möglichkeit verschiedener Entscheidungen nach längerer Zeit und die hieraus sich ergebenden Verwickelungen. Das Nachlaßgericht wird für ausschließlich zuständig erklärt; dies wird genügen.

Der zweite Satz erwähnt im Interesse der Deutlichkeit einige Beispielsfälle, wann ein wichtiger Grund als vorliegend anzunehmen ist.

Daß dem Nachlaßgerichte eine weitere Aufsicht in Ansehung der Geschäftsführung des Vollstreckers nicht zusteht (bayr. L. R. III, 2 § 18 Nr. 14; hess. Entw. Art. 224), versteht sich von selbst und bedarf keines Ausdruckes.

Die Negative, daß dem Erben ein Widerruf nicht zusteht, auszusprechen, ist entbehrlich, da nur von der Beendigung des Amtes durch Entziehung gesprochen wird. Eine Vorschrift dieses Inhaltes könnte zu einer mißverständlichen Auffassung der Vollstreckungsanordnung, welche ihrer Natur nach den Erben beschränkt, Anlaß geben.

Zeitliche Begrenzung.

Eine zeitliche Begrenzung der Amtsdauer des Vollstreckers (code civil Art. 1026 und verschiedene Statutarrechte)[1]) ist nicht ausführbar; sie scheitert an der Unmöglichkeit, eine angemessene Zeitdauer zu bestimmen.

Erklärung des Beschwerten und des Bedachten.

Aber auch eine Entziehung der Ausführung der Vollstreckung durch übereinstimmende, dem Vollstrecker gegenüber abzugebende Erklärung des Beschwerten und des Bedachten (vergl. Entsch. d. R. G. Bd. 16 S. 185 ff., insbesondere S. 189), läßt sich nicht wohl vorschreiben. Soweit für eine weitere Vollziehung kein Raum bleibt, ist selbstverständlich die Thätigkeit des Vollstreckers beendigt. Eine Vorschrift dieses Inhaltes könnte nur zu Mißverständnissen Anlaß geben.

Wegfall des Beschwerten.

Den § 1876 Abs. 1 für entsprechend anwendbar zu erklären, ist weder nöthig noch angemessen. Von selbst versteht es sich, daß die Rechtsstellung des Vollstreckers unabhängig ist von dem, was sich in der Person des Erben oder anderer Betheiligter zuträgt. Im einzelnen Falle wird aber dennoch zu prüfen sein, welches der Wille des Erblassers war. So ist es z. B. denkbar, daß der Erblasser nur deshalb einen Vollstrecker ernannt hat, weil er einen minderjährigen Erben einsetzte; tritt an die Stelle des minderjährigen ein anderer volljähriger Erbe, so bleibt zu prüfen, ob der Testamentsvollstrecker auch diesem zugeordnet werden sollte.

[1]) Roth § 391 Anm. 50, 51; frankf. Recht bei Bender S. 585.

Nachlaßkonkurs.

Zuweilen wird eine Beendigung des Amtes des Vollstreckers durch Eröffnung des Nachlaßkonkurses behauptet[1]). Eine Vorschrift ist entbehrlich. Nach dem § 5 der Konk. O. bleiben freilich dem Vollstrecker kaum noch Funktionen, aber seine Thätigkeit tritt mehr zurück, als daß sie ein Ende erreicht.

§ 1897.

IV. Rechte und Pflichten. 1. Ausführung der letztwilligen Verfügung.

Der § 1897 regelt die Rechte und Pflichten des Vollstreckers in dem Regelfalle, in welchem durch die Ernennung die Rechte des Erben dahin beschränkt sind, daß der Vollstrecker berufen ist, dasjenige zu besorgen und vorzunehmen, was dem Erben obliegen würde, wenn ein Vollstrecker nicht ernannt wäre.

Grundsätzlich abgewichen ist von der Auffassung des sächs. G. B. §§ 2237, 2238 und des hess. Entw. Art. 210[2]), nach welcher die Anordnung im Zweifel dahin verstanden werden soll, daß dem Vollstrecker nicht die Ausführung der letztwilligen Verfügung übertragen sei, sondern daß der Vollstrecker nur Aufsichtsrechte und die Befugniß haben solle, von den durch Zuwendung Bedachten, welchen die Ausführung verbleibe, die Befolgung der Anordnungen, insbesondere die Erfüllung der Auflagen, zu verlangen. Dafür ist insbesondere entscheidend, daß diese Auffassung dem gewöhnlichen Wortsinne des Ausdruckes „Vollstrecker" nicht entspricht und daß sich kaum behaupten läßt, wenn von dem sächs. G. B. abgesehen wird, das geltende Recht neige dazu, in solcher Weise die Befugnisse des Vollstreckers zu beschränken. Der Entwurf giebt dem Vollstrecker eine absolute Rechtsstellung. Soweit im Entwurfe Rechtsgeschäfte absoluten Karakters behandelt werden, ist regelmäßig davon ausgegangen, eine nähere Angaben nicht enthaltende Willenserklärung sei, sofern nur darin die karakteristische Bezeichnung des Rechtsgeschäftes enthalten ist, als auf die Herbeiführung der ausgedehntesten Wirkungen gerichtet anzusehen. Dem Erklärenden bleibt dann die Bestimmung von Beschränkungen überlassen, deren Grenze, ohne daß das Rechtsgeschäft in ein Rechtsgeschäft anderer Art übergeht, sich aus der besonderen Natur der zu begründenden Rechte ergiebt. So ist namentlich im Sachenrechte verfahren. Dieses Verfahren ist praktisch zweckmäßig, weil es für den Erklärenden leichter ist, Einzelheiten eines durch das Gesetz gegebenen Rechtsinhaltes zu verneinen, als positiv zu bestimmen, wie weit der Inhalt des Rechtes zu reichen hat.

Ausführungspflicht.

Der erste Absatz bringt den Grundsatz zum Ausdrucke, indem er ausspricht, der Vollstrecker sei berechtigt und gegenüber dem Erben verpflichtet, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Die Worte „gegenüber dem Erben" sollen das mögliche Mißverständniß ausschließen, als hätte der Vollstrecker aus seinem Vermögen zu leisten. Ihre Beifügung macht es entbehrlich, hervorzuheben, daß die Erfüllung aus dem Nachlasse zu geschehen hat. Aus dem Inhalte der einzelnen Anordnungen wird sich ergeben, ob und inwieweit eine Vollstreckung durch eine hierzu be-

---

[1]) Bayr. L. R. III, 2 § 18 Nr. 15; Roth § 392 Anm. 5; vergl. Dernburg § 169 a. E.; Eccius § 255 Anm. 75.

[2]) Vergl. auch Dernburg § 166 Anm. 1.

stellte Person denkbar ist. Die in Betracht kommenden einzelnen Anordnungen sind daher nicht aufzuzählen. Selbstverständlich scheiden diejenigen familienrechtlichen Anordnungen aus, deren besonderer Inhalt die Ausführung durch einen Vollstrecker ausschließt, z. B. die in den §§ 1636, 1660, 1695, 1738, 1745 bezeichneten.

Vermächtniß, Auflage.

Im zweiten Absatze wird über die Vollziehung eines Vermächtnisses oder einer Auflage bestimmt. Ein Entscheidungsrecht kann dem Vollstrecker dann nicht beigelegt werden, wenn der Beschwerte die Verbindlichkeit zur Erfüllung des Vermächtnisses oder der Auflage bestreitet (abweichend preuß. A. L. R. I, 12 § 561)[1]), da das Recht zu einem wirksamen Widerspruche dem Beschwerten als Geschäftsherrn gebührt und nicht anzunehmen ist, daß ihm auch dieses Recht durch die Vollstreckungsanordnung entzogen werden sollte. Widerspricht der Erbe der Vollziehung, so wird dadurch die Klage auf Erfüllung hervorgerufen werden. Gegen wen diese Klage zu richten ist, bestimmt der § 1903. Ist der Erbe rechtskräftig zur Vollziehung verurtheilt, so ist der Widerspruch beseitigt, wenn auch das Urtheil vielleicht formell den Widerspruch nicht für unbegründet erklärt.

Unzureichender Nachlaß.

Für den Fall, daß der Nachlaß nicht hinreicht, alle Nachlaßverbindlichkeiten (§ 2092 Abs. 2), insbesondere also die Forderungen der Gläubiger des Erblassers, die Vermächtnisse und die Auflagen, zu erfüllen, eine Vorschrift zu geben, kann entbehrlich erscheinen. Die Aufnahme der erläuternden Vorschrift, daß die Vollziehung der Vermächtnisse und Auflagen nur mit Einwilligung des Erben zu bewirken sei (Abs. 3), ist jedoch zweckmäßig. Ist die Erbschaft unzulänglich, so haftet entweder der Erbe persönlich in vollem Umfange oder er kann durch Geltendmachung der Abzugseinrede den Anspruch auf Erfüllung dem Umfange nach beschränken (§§ 2133 ff.). Hiernach muß dem Erben die Möglichkeit gewahrt bleiben, die Abzugseinrede zu erheben. Selbst wenn der Erbe das Inventarrecht verloren hat und also vollhaftender Erbe ist, muß ihm die Bestimmung über die Erfüllung der Vermächtnisse und Auflagen vorbehalten bleiben, da durch die Erfüllung sein eigenes Vermögen berührt wird.

Der vierte Absatz verdeutlicht, daß dem Vollstrecker kein Klagerecht gegen den Erben auf Gestattung der Vollziehung eines Vermächtnisses zusteht. Anders steht es in Ansehung einer Auflage (vergl. § 1888).

Dingliche Verträge des Vollstreckers.

Daß ein Testamentsvollstrecker den dinglichen Vertrag schließen kann, welcher zur unmittelbaren Vollziehung des Vermächtnisses oder der Auflage erforderlich ist, z. B. wenn eine individuelle zum Nachlasse gehörende Sache vermacht ist, wird nicht zweifelhaft sein. Daran ändern auch die Vorschriften im zweiten und dritten Absatze nichts. Die hiernach bestehenden Beschränkungen beziehen sich ausschließlich auf das obligatorische Verhältniß zwischen dem Vollstrecker und dem Erben. Den Beschränkungen muß, wenn nicht dritte Personen gefährdet werden sollen, dingliche Wirkung versagt werden. Das Vorhandensein der thatsächlichen

---

[1]) Vergl. Dernburg § 166 Anm. 4—6; Eccius § 255 Anm. 71; — im Uebrigen Stobbe § 309 S. 270, 271; Roth § 391 Anm. 39, 40; Mommsen §§ 184, 185; hess. Entw. Art. 214.

Voraussetzungen dieser Beschränkungen ist nach außen nicht erkennbar. Die dem Vollstrecker eingeräumte Vertretungsmacht gilt für alle Rechtsgeschäfte, durch welche derselbe über Nachlaßgegenstände dinglich behufs Erfüllung der Vermächtnisse und Auflagen verfügt, also auch dann, wenn vertretbare Sachen zu leisten sind. Voraussetzung für die Wirksamkeit des dinglichen Erfüllungsgeschäftes bleibt jedoch, daß obligationsmäßig geleistet wird. Denn nur so weit reichen die Befugnisse des Vollstreckers. Ist nicht obligationsmäßig geleistet, so sind auch die Voraussetzungen für die Anwendung der Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben nicht vorhanden.

§ 1898.

2. Auseinandersetzung unter Miterben.

Der § 1898 befaßt sich mit dem Falle, daß mehrere Erben vorhanden sind, und mit den Rechten und Pflichten des Vollstreckers, falls er die Auseinandersetzung der Miterben zu bewirken hat.

Der Entwurf beruht auf der Grundauffassung, daß in der Ernennung zum Vollstrecker nicht ohne Weiteres auch die Uebertragung der Ausführung der Auseinandersetzung der Erbschaft zu finden ist, wenn der Erblasser über die Auseinandersetzung keinerlei Bestimmungen getroffen hat[1]). Der Wortsinn der Uebertragung der Vollstreckung des letzten Willens entspricht nicht einer so weit gehenden Bemessung der Befugnisse des ernannten Vollstreckers. In dem bezeichneten Falle spricht keine Vermuthung dafür, daß der Erblasser dem Vollstrecker die Auseinandersetzung habe übertragen wollen, wenn er es in Ansehung der Auseinandersetzung stillschweigend lediglich bei den gesetzlichen Vorschriften hat bewenden lassen; eine erweiternde Auslegung findet auch im geltenden Rechte keine genügende Unterstützung[2]). Sind dagegen in dem letzten Willen Anordnungen über die Auseinandersetzung getroffen, so muß angenommen werden, der Erblasser habe dem Vollstrecker auch die Befugniß zur Vornahme der Auseinandersetzung übertragen wollen. Denn in diesem Falle gehört zur Vollstreckung des Testamentes begrifflich die Ausführung dieser Anordnungen. In einem solchen Falle müssen das Recht und die Pflicht des Vollstreckers sich in der Regel, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt, auf die Ausführung der Auseinandersetzung des gesammten Nachlasses beziehen; sie können nicht wohl auf die Ausführung der einzelnen Anordnung beschränkt werden, da die Auseinandersetzung den ganzen Nachlaß umfaßt und nur sehr selten in mehrere von einander unabhängige Geschäfte zerlegt werden kann.

Diesen Gedanken giebt der erste Absatz Ausdruck. Zugleich ist in demselben ausgesprochen, daß der Erblasser dem Vollstrecker die Theilungsmacht auch dann beilegen kann, wenn er Anordnungen über die Auseinandersetzung nicht getroffen hat. Dies wäre sonst keineswegs selbstverständlich. Befugnisse,

---

[1]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Windscheid § 567 Anm. 8; Stobbe § 309 S. 271, 272; Roth § 391 Anm. 42.

[2]) Vergl. Anh. § 157 zu preuß. A. L. R. II, 18 § 421, Eccius § 255 S. 496, 497 und Anm. 34, Dernburg § 166 Anm. 1.

von welchen das Gesetz nicht spricht, kann der Erblasser dem Vollstrecker nicht beilegen (vergl. § 1907).

Ausführung der Auseinandersetzung.

In Ansehung der Ausführung der Auseinandersetzung wird darauf verwiesen (Abs. 2), daß der Vollstrecker die ihm obliegende Auseinandersetzung nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 2151—2164 zu bewirken habe. Es erscheint zweckmäßig, den Vollstrecker auf diese Vorschriften als regelmäßig maßgebend, soweit nicht die Besonderheit der Auseinandersetzung durch den Vollstrecker Ausnahmen rechtfertigt, hinzuweisen. Dadurch wird zugleich entbehrlich, hervorzuheben, daß der Vollstrecker in erster Reihe die besonderen Anordnungen des Erblassers über die Auseinandersetzung zu berücksichtigen hat. Im § 2152 ist zwar nur hervorgehoben, daß der Erblasser durch Verfügung von Todeswegen Anordnungen in Ansehung der Auseinandersetzung, insbesondere der Art der Theilung, treffen kann. Allein hieraus geht hervor, daß eine Verpflichtung der Erben, hier des Vollstreckers, besteht, solche Anordnungen zu berücksichtigen, zumal im fünften Absatze ausgesprochen ist, der Widerspruch des Erben sei begründet, wenn eine Anordnung des Vollstreckers einer Anordnung des Erblassers widerspricht. Der Vollstrecker hat danach auch die im § 2151 in Bezug genommenen Vorschriften über die Gemeinschaft, insbesondere die §§ 769, 772 zu beachten.

Uebertragung von Gegenständen.

Im Anschlusse hieran wird dem Vollstrecker die Befugniß als Ausfluß seines Rechtes beigelegt, einem jeden Miterben diejenigen Nachlaßgegenstände zu übertragen, welche demselben nach seinen (des Vollstreckers) Anordnungen von den übrigen Miterben zu übertragen sind. Von „Anordnungen", nicht von „Theilungsanordnungen" wird gesprochen, um auch Anordnungen einzubeziehen, welche nicht unmittelbar die Theilung betreffen, dieselbe vielmehr nur vorbereiten. Vorstehend ist bereits anerkannt, daß der Vollstrecker die Auseinandersetzung mit obligatorischer Wirkung für die Betheiligten, das heißt in der Art festsetzen kann, daß die Betheiligten an seine Festsetzung gebunden sind, wie wenn sie den Inhalt derselben vereinbart hätten. Der weitere Schritt, dem Vollstrecker auch die Macht zu verleihen, die zur Erfüllung der Verbindlichkeit des einen Miterben gegenüber dem anderen Miterben dienenden Uebertragungsgeschäfte vorzunehmen, ist zwar von erheblicher Bedeutung; aber auch dieser weitere Schritt entspricht dem vermuthlichen Willen des Erblassers und führt zu einer einfachen und zweckmäßigen Gestaltung des Auseinandersetzungsverfahrens. Der Miterbe, zu dessen Gunsten übertragen wird, ist wegen der Unzulässigkeit des Kontrahirens mit sich selbst als bei der Uebertragung mitwirkend zu denken. Der Vollstrecker handelt als Vertreter der Miterben. Durch die Vorschrift soll nicht dem Vollstrecker die dingliche Verfügungsmacht über alle Nachlaßgegenstände ohne jede Beschränkung beigelegt werden; er erhält vielmehr eine solche Befugniß nur für den Fall der Leistung auf Grund des angegebenen obligatorischen Grundes (causa). Eine solche Beschränkung der Vertretungsmacht des Vollstreckers hat nichts Anomales an sich, sie kann in ähnlicher Weise auch bei der Vollmacht vorkommen. Besondere Uebelstände sind daher nicht daraus zu befürchten, daß die dingliche Verfügungsmacht des Vollstreckers nur eine beschränkte ist. Insbesondere ist eine solche Befürchtung nicht in Ansehung der Verfügung über Rechte an Grundstücken am Platze.

Die Frage, ob besondere Vorschriften über die dem Grundbuchamte obliegende Prüfung der Legitimation des Vollstreckers nöthig werden, ist bei der Berathung der Grundbuchordnung zu erledigen.

Verfahren.

Der dritte bis sechste Absatz bestimmen näher über das Verfahren bei der Auseinandersetzung durch den Testamentsvollstrecker.

Vorgängige Mittheilung der Anordnungen.

Die Vorschriften des dritten Absatzes beruhen darauf, daß, wenn die Ausführung der Anordnungen erfolgt, ohne daß diese Anordnungen den Betheiligten mitgetheilt sind, und ohne daß ihnen Gelegenheit gegeben ist, dagegen Widerspruch zu erheben, das Interesse der einzelnen Betheiligten schwer gefährdet werden kann. Es wird zwar nur eine obligatorische Pflicht des Vollstreckers begründet, im Falle eines Widerspruches die dingliche Uebertragung nicht zur Ausführung zu bringen. Allein diese Pflicht erscheint, wenn sie auch die dingliche Uebertragungsmacht nicht aufhebt, genügend, um die Betheiligten gegen die Gefahr einer übereilten Ausführung zu sichern.

Der Umfang der Anordnung kann ein verschiedener sein. Es kann bereits ein vollständiger Auseinandersetzungsplan vorliegen, es kann aber auch nur ein Stück eines solchen in Betracht kommen, insbesondere kann ein solches Stück vorliegen, wenn im Interesse der Miterben, wie häufig der Fall ist, nur eine vorläufige Theilung einzelner Nachlaßgegenstände sich nöthig macht.

Die Widerspruchsfrist im Gesetze festzusetzen, ist wegen der Verschiedenheit der möglichen Fälle weder ausführbar noch angemessen.

Klage zur Erledigung des Widerspruches.

Im Zusammenhange hiermit steht die Vorschrift des vierten Absatzes. Nach derselben kann eine die Erledigung des Widerspruches bezweckende Klage nur von dem widersprechenden Erben (oder von einem von mehreren Widersprechenden) oder von den anderen Erben gegen den Widersprechenden erhoben werden, also weder von dem Vollstrecker noch gegen diesen. Zu entscheiden ist nur über das unter den Erben bestehende Schuldverhältniß. Vorzuschreiben, der Widersprechende habe als Kläger aufzutreten, besteht kein Anlaß. Vielmehr ist es Sache desjenigen Miterben, welcher die Auseinandersetzung betrieben haben will, seine Rechte im Wege der Klage zu verfolgen, mag dies der Widersprechende oder ein anderer Erbe sein. Die Beweislast ergiebt sich aus den allgemeinen Grundsätzen; etwas Besonderes ist darüber nicht zu bestimmen.

Gegenstand eines solchen Rechtsstreites.

Gegenstand eines solchen Rechtsstreites ist nicht allein die Frage, ob die Anordnung des Vollstreckers einer Anordnung des Erblassers oder einer gesetzlichen Vorschrift widerspreche, sondern auch die Frage, ob jene Anordnung der Billigkeit entspreche. Dies bestimmt der fünfte Absatz. Auf diesem Wege bleibt es jedem Betheiligten offen, eine richterliche Nachprüfung nach den bezeichneten Gesichtspunkten herbeizuführen. Behauptet der Angreifende einen Verstoß gegen die Billigkeit, so hat er denselben zu beweisen (vergl. § 194). Einer Bezugnahme auf den § 357 bedarf es nicht.

Versäumung der Widerspruchsfrist.

Die Versäumung der im dritten Absatze bezeichneten Widerspruchsfrist bewirkt nicht den Verlust des Widerspruchsrechtes, hat vielmehr nur zur Folge, daß die Theilung ausgeführt wird (Abs. 6). Allerdings wird alsdann der Widerspruch nur im Wege der Kondiktion geltend gemacht werden können. Dem Widerspruche noch bis zum Beginne der Ausführung den Erfolg beizulegen, daß die Ausführung auszusetzen ist, würde nicht angemessen sein,

weil damit die Vollstreckung in nachtheiliger Weise gehemmt würde, aber auch der dann in Frage kommende Zeitpunkt schwer zu bestimmen wäre.

§ 1899.

8. Inhabung und Realisirung des Nachlasses.

Hervorzuheben, daß der Vollstrecker im Namen des Erben als des Besitzers inne hat, ist entbehrlich. Zweckmäßig aber ist es, auszusprechen, daß er berechtigt und gegenüber dem Erben verpflichtet ist, den Nachlaß in seine Inhabung zu nehmen[1]). In Ansehung der in gleicher Weise dem Vollstrecker auferlegten Feststellungs- und Verwaltungspflicht wendet der Zwischensatz im zweiten Satze, „soweit es zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist", die Folgerung ab, als müßte der Vollstrecker alle ausstehenden Forderungen einziehen und alle Rechte klagend geltend machen, während doch das Einziehungsrecht, insbesondere bei den auf Zinsen ausstehenden Forderungen, in Folge der Verwaltungspflichten des Vollstreckers einer obligatorischen Einschränkung unterliegt. Die Feststellungsbefugniß ist in dem weiteren Sinne genommen, sodaß dieselbe auch die Befugniß begreift, den Nachlaß mittels Realisirung der im Nachlasse befindlichen Ansprüche zusammenzubringen. Das Einziehungsrecht umfaßt gegebenen Falles auch das Kündigungsrecht.

Das geltende Recht ist in dieser Hinsicht verschieden, selbst abgesehen davon, daß nach manchen Rechten die Verwaltung dem Vollstrecker nur zusteht, sofern sie ihm besonders übertragen ist[2]).

Wegen der Beschränkungen des Inhabungs- und Verwaltungsrechtes ist jedoch der § 1907 zu vergleichen.

Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit.

In Ansehung der Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit, welche nicht aus einem Vermächtnisse oder einer Auflage entstanden ist, erklärt der zweite Absatz die Vorschriften des § 1897 Abs. 2—4 für entsprechend anwendbar. Die Erfüllung ist also insbesondere, sobald der Erbe Widerspruch erhebt, so lange zu unterlassen, bis der Widerspruch in der dort bezeichneten Weise beseitigt ist. Ferner ist, falls der Nachlaß unzulänglich ist, die Erfüllung nur mit Einwilligung des Erben zu bewirken. Die Beschränkung des Zwischensatzes „soweit es zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist" ist auch hier nothwendig, um den Gedanken abzuwehren, als wäre der Vollstrecker verpflichtet, alle Nachlaßverbindlichkeiten, z. B. ausstehende Hypothekenschulden, zu tilgen, während dies unter gegebenen Voraussetzungen mit einer ordnungsmäßigen Verwaltung im Widerspruche stehen würde. Die Hinweisung auf den § 1897 Abs. 4 regelt das Klagerecht des Vollstreckers in Ansehung dieser Nachlaßverbindlichkeiten in entsprechender Weise wie in Ansehung eines Vermächtnisses. Giebt der Entwurf dem Vollstrecker das Recht und legt er ihm

---

[1]) Windscheid § 567 Anm. 8; Roth § 391 II Nr. 1—3; code civil Art. 1026, 1027; sächs. G. B. §§ 2237—2240; Mommsen §§ 184, 185; hess. Entw. Art. 211 bis 214; Eccius § 255 S. 497—499; Dernburg § 166 Nr. 2.

[2]) Vergl. Stobbe § 309 S. 272 Anm. 23, 24, 27—29; Roth § 391 Anm. 28 ff.; Eccius § 255 S. 498, 499; Dernburg § 166 Anm. 10; sächs. G. B. §§ 2237—2240; Mommsen § 184 Abs. 2, § 185 Abs. 1; hess. Entw. Art. 212.

gegenüber dem Erben die Pflicht auf, die Vermächtnisse und Auflagen zu erfüllen, und wird ihm die vorbezeichnete Stellung in Ansehung der Nachlaßaktiva übertragen, so muß ihm auch die Befriedigung der Gläubiger gestattet werden. Zu den Nachlaßverbindlichkeiten gehören im Sinne des Entwurfes (vergl. § 2092) auch die aus Pflichttheilsrechten.

Auf die Fälligkeit des Anspruches der Nachlaßgläubiger kann die Voraussetzung der Befugniß nicht gegründet werden. Vielmehr kann es nur darauf ankommen, ob nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung die Berichtigung der Ansprüche nöthig oder doch angemessen ist. Der Sicherheit des Erben geschieht Genüge, wenn diesem ein obligatorisch wirkendes Widerspruchsrecht gegeben wird. Ist der Nachlaß unzulänglich, so muß aus den zum § 1897 entwickelten Gründen dasselbe bestimmt werden, was in Ansehung der Vollziehung der Vermächtnisse und Auflagen für einen solchen Fall vorgeschrieben ist.

Soweit die Vorschriften des § 1899 reichen, besteht eine Vertretungsmacht des Vollstreckers in Ansehung des Erben. Bei Erfüllungsgeschäften seitens der Nachlaßschuldner tritt daher für diese Schuldner Befreiung ein, andererseits erwirbt der Erbe unmittelbar die erfüllungshalber übertragenen Rechte durch den vom Vollstrecker vorgenommenen Erwerbsakt. Soweit der Vollstrecker Nachlaßverbindlichkeiten erfüllt, gilt das Gleiche wie in Ansehung der Vollziehung von Vermächtnissen und Auflagen (vergl. S. 227).

§ 1900.

4. Verfügungsmacht des Vollstreckers im Allgemeinen.

Geregelt wird im § 1900 die dingliche Verfügungsmacht des Vollstreckers über Nachlaßgegenstände, abgesehen von der Vollziehung der Vermächtnisse oder Auflagen, der Auseinandersetzung von Miterben und der Befriedigung der Nachlaßgläubiger.

Die Vorschriften beziehen sich auf die Fälle, in welchen die Verfügung erforderlich ist, weil die Mittel zur Erfüllung von Verpflichtungen herbeizuschaffen sind, oder in welchen die Verfügung lediglich im Interesse einer ordentlichen Verwaltung liegt. Die Einwilligungspflicht des Erben für solche Fälle soll sein Widerspruchsrecht nicht beseitigen. Wird der Erbe auf Einwilligung in eine solche Verfügung in Anspruch genommen, so kann er sich dadurch der Einwilligung entziehen, daß er gegen die Erfüllung der Verpflichtung Widerspruch erhebt. Erhebt er diesen Widerspruch nicht, so ist er einwilligungs- oder genehmigungspflichtig, es sei denn, daß er die Nothwendigkeit oder Angemessenheit der Verfügung zu dem beabsichtigten Zwecke zu bekämpfen vermag.

Die dem Vollstrecker auferlegten Beschränkungen wirken gegen Dritte. Dies kann bedenklich erscheinen; allein die Bedenken gegen eine solche Regelung werden gehoben oder mindestens bis zur praktischen Unschädlichkeit gemindert dadurch, daß der Erbe einwilligungs- und genehmigungspflichtig ist.

Unter die Vorschriften des § 1900 fallen auch die reinen Verwaltungsakte; dies ergiebt sich ohne Weiteres.

Angelehnt sind die Vorschriften an die §§ 1823, 1828 ff. über die Verfügungsmacht des Vorerben[1]). Ein obligatorischer Anspruch des Vollstreckers gegen den Erben genügt nicht, um eine ordnungsmäßige Verwaltung zu ermöglichen. Die zwangsweise Verwirklichung eines derartigen obligatorischen Anspruches, welcher wegen des Mangels eines eigenen Interesses des Vollstreckers als ein mehr formales Recht sich darstellen würde, müßte auch auf mannigfache praktische Schwierigkeiten stoßen. Auf der anderen Seite würde es zu weit gehen und den Erben gefährden, wenn die Verfügungsmacht des Vollstreckers lediglich in Ansehung der Rechte an Grundstücken beschränkt würde. In Ansehung der in das Grundbuch eingetragenen Rechte wird sich nach den Vorschriften des § 1900 von selbst ergeben, daß der Vollstrecker die Einwilligung des Erben zu Verfügungen über solche erbschaftliche Rechte beizubringen hat. Der dem Grundbuchamte durch öffentlich beglaubigte Urkunden zu liefernde Beweis, daß die Voraussetzungen der Verfügungsmacht vorliegen, wird in der Regel in anderer Weise nicht beschafft werden können.

§ 1901.

5. Verfügungsmacht des Erben.

Der § 1901 beschränkt die Verfügungsmacht der Erben während der Dauer des Amtes des Vollstreckers, indem er bestimmt, der Erbe könne über einen zum Nachlasse gehörenden Gegenstand, solange in Ansehung des letzteren das Amt des Vollstreckers besteht, nicht wirksam verfügen. Die Fassung läßt erkennen, daß die Vorschrift sich nicht auf die obligatorische Bindung des Erben bezieht und demselben obligatorische Geschäfte aller Art, auch der Verkauf der Erbschaft, selbstverständlich frei bleiben. Der Zwischensatz „solange — besteht" deckt die nicht seltenen Fälle, in welchen der Vollstrecker einzelne Gegenstände dem Erben ausfolgt, deren er zur Vollziehung der Anordnungen nicht weiter bedarf (vergl. § 1907). Würde die Verfügungsbefugniß des Erben nur obligatorisch beschränkt, so würde ein wesentliches Ergebniß nicht erreicht, insbesondere bliebe es dem Erben möglich, die Vollstreckungsmacht des Vollstreckers willkürlich zu vereiteln. Nur die dingliche Beschränkung des Erben eröffnet dem Erblasser einen Weg, durch Ernennung des Vollstreckers gegenüber dem Erben die Erfüllung der Vermächtnisse und Auflagen zu sichern (vergl. die Vorbemerkung zum Titel von den Vermächtnissen S. 136).

Zwar kann eingewendet werden, die Verfügungsmacht eines Vertreters und des Vertretenen könne auch in anderen Fällen, z. B. bei der Vollmacht und bei dem Pfleger eines Abwesenden, konkurriren, während für diese Fälle eine ähnliche Vorsorge nicht getroffen sei. Allein es ist nicht zu übersehen, daß die Vertretungsmacht des Vollstreckers sich in der Regel gerade gegen den Erben richtet und dadurch zu einer Art Verfügungsmacht wird, welche, soweit sie reicht, die Verfügungsmacht des Erben deshalb ausschließen oder doch derselben vorgehen muß, weil es der Zweck der Ernennung eines Vollstreckers ist,

[1]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Stobbe § 309 Anm. 22 und dessen Zitate; code civil Art. 1031 Abs. 3; hess. Entw. Art. 215 Abs. 1; Roth § 392 Anm. 41; Dernburg § 167; Eccius § 255 S. 500, 501.

das Interesse der Ausführung der letztwilligen Verfügung zu wahren, selbst wenn ein Widerspruch mit dem persönlichen Interesse des Erben sich ergiebt.

Die Beschränkung des Erben muß wegfallen, sobald das Recht des Vollstreckers beseitigt ist; sie muß, wenn sie nicht über ihren Zweck hinausgehen soll, auch in Ansehung jedes einzelnen Nachlaßgegenstandes durch Rechtsgeschäft zwischen dem Vollstrecker und dem Erben aufgehoben werden können[1]).

§ 1902.

6. Eingehung von Verbindlichkeiten.

Die Befugniß, eine Verbindlichkeit einzugehen, wird dem Vollstrecker nur so weit beigelegt, als er über einen zum Nachlasse gehörenden Gegenstand zu verfügen befugt ist und die Verpflichtung zu einer solchen Verfügung von ihm übernommen wird, und ferner so weit, als die Eingehung der Verbindlichkeit zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. Der zweite Satz hebt hervor, daß durch Eingehung einer solchen Verbindlichkeit der Erbe persönlich verpflichtet wird und entscheidet damit die im geltenden Rechte streitige Frage, ob der Nachlaß oder der Erbe verpflichtet wird[2]). Der Zusatz „unbeschadet der Vorschriften über das Inventarrecht" sichert das richtige Verständniß der Vorschrift. Denn es kann nicht die Absicht sein, den Erben in Folge der ihm von dem Erblasser aufgedrängten Vertretung über die Kräfte oder den Werth des Nachlasses hinaus mit seinem eigenen Vermögen persönlich haften zu lassen (vergl. § 2092 Abs. 2, § 2113 Nr. 3).

Der zweite Absatz erläutert die Bedeutung des ersten Absatzes, indem die Vorschrift des § 1900 Abs. 2 über die Einwilligungs- oder Genehmigungspflicht des Erben für entsprechend anwendbar erklärt wird. Die Anwendung dieser Vorschrift setzt selbstverständlich voraus, daß der Testamentsvollstrecker als solcher, also als Vertreter des Erben, kontrahirt hat.

Soweit dem Vollstrecker in den §§ 1897 ff., insbesondere in dem § 1900, die Vornahme des dinglichen Erfüllungsgeschäftes freigegeben ist, so weit muß er auch das zur Erfüllung verpflichtende Schuldverhältniß eingehen können, es sei denn, daß jene Vorschriften eine bereits vorhandene Verpflichtung als Erforderniß der dinglichen Verfügungsgewalt voraussetzen. In der Hauptsache setzt also die Befugniß, eine neue Verbindlichkeit einzugehen, voraus, daß die Eingehung im Interesse der ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. Daneben bleibt es möglich, daß die Ausführung der letztwilligen Anordnungen und der Schuldentilgung Erfüllungsgeschäfte erheischen, durch welche Verbindlichkeiten übernommen werden. Auch im § 1902 handelt es sich um den Umfang der Vertretungsmacht des Vollstreckers.

Durch die dem Vollstrecker beigelegte Befugniß, neue Verbindlichkeiten einzugehen, durch welche der Erbe persönlich verpflichtet wird, wird der Erbe nicht überschwert. Denn dem Erben werden nur solche Verbindlichkeiten auferlegt, deren Eingehung wirthschaftlich geboten war, und welche er auch selbst

---

[1]) Vergl. Dernburg § 167 Anm. 4.

[2]) Vergl. Stobbe § 309 S. 276; Dernburg § 164 Anm. 7, 9, § 167; Eccius § 255 S. 494 und insbesondere Anm. 31, 18.

eingegangen sein würde, wenn die Verwaltung ihm zugestanden hätte. Der Vollstrecker ist in dieser Hinsicht als ein von dem Erblasser bestimmter, dem Erben auferlegter Vertreter anzusehen. Regelmäßig — von den seltenen Fällen abgesehen, in welchen etwa ein Vollstrecker in einer erst nach Ablauf der Ausschlagungsfrist aufgefundenen letztwilligen Verfügung ernannt ist — erkennt der Erbe den Vollstrecker als solchen an, wenn er die Erbschaft nicht ausschlägt; er muß deshalb des Vollstreckers Handlungen ebenso gegen sich gelten lassen, wie wenn er selbst gehandelt hätte. Eine materielle Beschwerung des Erben ergiebt sich demgemäß nicht, zumal die Schlußworte des ersten Absatzes einer Verkürzung der durch das Inventarrecht dem Erben gebotenen Sicherheit vorbeugen.

§ 1903.

7. Vertretung in Prozessen.

Wenn der Entwurf dem Vollstrecker das Recht beilegt und ihn gegenüber dem Erben verpflichtet, mit Ausschluß des Erben (§ 1901), den Nachlaß zusammenzubringen und zu realisiren (§ 1899), so ist ihm hiermit schon die Befugniß gegeben, die erbschaftlichen Rechte gerichtlich geltend zu machen. Aus dieser Befugniß des Vollstreckers bestimmt sich der Umfang der Wirkung der ergehenden rechtskräftigen Urtheile. Ein Zweifel könnte jedoch in der Richtung bestehen, ob nicht der Erbe gleichfalls selbständig prozessiren könne. Aus der dinglichen Gebundenheit des Erben allein läßt sich noch nicht das Gegentheil ableiten. Das Prozessiren über ein Recht ist in der Regel dem Verfügen über ein Recht nicht gleichzusetzen (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 379). Deshalb erklärt der Entwurf den Vollstrecker hierzu für ausschließlich berechtigt (Abs. 1)[1]. Geschähe dies nicht, so würde es dem Erben möglich bleiben, die auf Zusammenbringung des Nachlasses gerichteten gerichtlichen Schritte des Vollstreckers zu durchkreuzen und zu vereiteln. In ähnlicher Weise unterbindet der § 1302 das Prozessiren der Ehefrau über Ehegutsgegenstände gegenüber dem Ehemanne.

Aktivprozesse.

Ausschluß des Erben.

Der Erbe kann nach dem § 1901 dinglich über Nachlaßstücke nicht verfügen und deshalb auch nicht prozessiren; er ist im Allgemeinen prozeßfähig, aber ihm fehlt die Dispositionsbefugniß und damit die Prozeßfähigkeit in concreto. Die Dispositionsgewalt ist bei dem Vollstrecker, der aber so weit nur Vertreter des Erben ist.

Damit werden Zweifel, welche sich in mehrfacher Hinsicht erheben könnten, entschieden. So vor Allem die Frage, gegen wen der Nachlaßschuldner die Aufrechnungserklärung abzugeben hat. Diese ist sowohl überhaupt als insbesondere während des Rechtsstreites gegenüber dem Vollstrecker abzugeben. Weiter ergiebt sich, wie es mit der Erhebung einer Widerklage steht. Da der Vollstrecker nur Vertreter ist, so kann der Beklagte die Widerklage gegen ihn in der Weise erheben, daß der Gerichtsstand begründet wird. Der Simultan-

---

[1]) Vergl. wegen des geltenden Rechtes zu Abs. 1 und 2 Stobbe § 309 S. 272, 273, insbesondere Anm. 25—33; Roth § 391 Anm. 34, 35; Dernburg § 166 Anm. 10, 15 Eccius § 255 S. 498, 499; sächs. G. B. § 2240; Mommsen § 185 Abs. 1.

prozeß kommt nicht in Betracht, da nach dem § 136 der C. P. O. das Gericht jederzeit die Prozesse trennen kann. Auch die Feststellungsklage muß zulässig sein; ihre Erhebung kann eine Aenderung in dem Vertretungsverhältnisse nicht begründen; die Sachlegitimation wird nicht zweifelhaft sein.

In Ansehung eines zugeschobenen Eides schlägt der Grundsatz des § 435 C. P. O. durch. Die C. P. O. bestimmt nicht, welche Personen die gesetzlichen Vertreter seien. Hierüber entscheidet das materielle Recht (vergl. C. P. O. § 50).

Der Entwurf hat es versucht, Klarheit in ein dunkeles Institut zu bringen. Dasselbe mußte dem Rechtssysteme in einer Weise einverleibt werden, daß nicht Widersprüche mit allgemeinen Grundsätzen sich herausstellen und daß nicht das ganze Institut als eine Anomalie erscheine, welche einen ganz fremdartigen Karakter an sich trägt. Der nicht beschränkte Testamentsvollstrecker ist gewissermaßen ein Vertreter des Erben, aber nicht ein gewillkürter, sondern ein gesetzlicher Vertreter im Sinne des Entwurfes und der Reichsjustizgesetze. Zwar zeigen sich Abweichungen von den für die gesetzliche Vertretung im Allgemeinen geltenden Rechtsnormen. Allein durch diese Abweichungen wird das juristische Wesen nicht verändert. Die Abweichungen stellen sich nur als Besonderheiten dar, welche mit dem Wesen der gesetzlichen Vertretung nicht im Widerspruche stehen und durch welche das positive Recht vielleicht als bereichert bezeichnet werden kann. Die Abweichung, daß diese besondere gesetzliche Vertretung auf dem Willen des Erblassers beruht, ist nicht von Belang. Das Gesetz legt dem Willen des Erblassers die Bedeutung bei, daß dieser Wille eine Art gesetzlicher Vertretung hervorruft, welche nicht eingetreten sein würde, wenn sie der Erblasser nicht gewollt hätte.

Die gesetzliche Vertretung tritt in der Regel nur ein, wenn Jemand nicht oder nicht voll geschäftsfähig ist. Diesem Grundsatze scheint es zu widersprechen, hier einen Vertreter zuzulassen, da der Erbe als voll geschäftsfähig anzusehen ist. Der Widerspruch ist jedoch nur ein scheinbarer. Dem Erben fehlt, so weit der Machtkreis des Vollstreckers reicht, nach der dinglichen Seite die Verfügungsfähigkeit und damit in dieser Beschränkung auch die Geschäftsfähigkeit. Es wird nicht einem völlig Geschäftsfähigen ein gesetzlicher Vertreter bestellt, sondern — gegen die allgemeine Regel — eine Geschäftsunfähigkeit bestimmt, welche sich nur auf bestimmtes Vermögen (die Erbschaft) und auch nur auf die dingliche Verfügungsmacht bezieht. Die in dem letzteren Umstande liegende Anomalie reicht nicht einmal so weit wie diejenige, welche sich in der gesetzlichen Vertretung eines bevormundeten Abwesenden zeigt.

Passivprozesse.

Wie bereits im § 1897 klargestellt ist, muß dem Beschwerten offen bleiben, der Vollziehung eines Vermächtnisses oder einer Auflage zu widersprechen und dadurch die Vollziehung zu hindern, da er der Geschäftsherr ist. Diesem Gedanken entspricht es, daß auch die Klage auf Erfüllung gegen ihn zu richten ist und insoweit die Sachlegitimation dem Vollstrecker, welchem die Entscheidung nicht gebührt, entzogen ist. Der gleiche Gedanke liegt dem § 1899, in welchem am Schlusse auf den § 1897 zurückverwiesen ist, zu Grunde. Daraus ergiebt sich zugleich, daß dem Vollstrecker kein Klagerecht gegen den Erben, wenn dieser der Erfüllung oder Vollziehung widersprochen hat, zustehen kann (Abs. 2).

Eine besondere Vorschrift, daß dem Vollstrecker die selbständige Erhebung oder Führung von Rechtsstreitigkeiten über das Erbrecht und Pflichttheilsrecht der Betheiligten nicht zustehe[1]), ist um so mehr entbehrlich, als es sich von selbst versteht, daß, wenn in Ansehung dieser Rechtsverhältnisse dem Vollstrecker Rechte und Pflichten nicht weiter beigelegt werden, als im § 1899 geschehen ist, der Vollstrecker über diese Rechtsverhältnisse auch nicht prozessiren kann.

Rechtsstreitigkeiten über das Erbrecht und das Pflichttheilsrecht.

§ 1904.

8. Zwangsvollstreckung gegen den Erben.

Der erste Absatz spricht im ersten Satze die Regel aus, daß zur Zwangsvollstreckung gegen die zum Nachlasse gehörenden Gegenstände ein gegen den Erben vollstreckbarer Titel erforderlich und genügend ist. Die Fassung „in die . . Gegenstände" würde nach der Redeweise der C. P. O. einen zu engen Sinn geben und nur auf die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung hinweisen.

Nach dem § 713 der C. P. O. ist die Zwangsvollstreckung gegen den Testamentsvollstrecker in Ansehung der Sachen, welche sich in seiner Inhabung befinden, nur zulässig, sofern er zur Herausgabe bereit ist. Der die Zwangsvollstreckung Betreibende muß, um an diejenigen Sachen zu kommen, welche in der Inhabung des Vollstreckers sich befinden, den Anspruch des Exequenden auf Herausgabe sich überweisen lassen. Diese günstige Rechtsstellung des Vollstreckers als Inhabers wird nicht beseitigt, indem ausgesprochen wird, daß gegenüber dem Vollstrecker, welcher sich in der Inhabung befindet, sofern die Inhabung durch die Vollstreckung aufgehoben wird, ein gegen diesen sich richtender vollstreckbarer Titel erforderlich ist (Satz 2)[2]). Um einen solchen Titel zu erlangen, muß dargethan werden, daß ein Anspruch vorliegt, gegen dessen Befriedigung aus dem Nachlasse der Vollstrecker nicht den im zweiten Absatze ihm offen gelassenen Widerspruch erheben kann. Die Thatsache der Inhabung verschafft also dem Vollstrecker lediglich die günstigere Stellung, daß er, statt seinerseits mit einer Intervention im Zwangsvollstreckungsverfahren aufzutreten, den Angriff des betreibenden Gläubigers abwarten kann.

Interventionsrecht in der Exekutionsinstanz.

Der zweite Absatz giebt dem Vollstrecker ein Interventionsrecht in dem Zwangsvollstreckungsrechtszuge. Danach kann der Vollstrecker sich gegen die Zwangsvollstreckung nur im Wege der sog. Exekutions-Intervention auflehnen. Er ist berechtigt, gegen die Zwangsvollstreckung insoweit Widerspruch zu erheben, als durch dieselbe die Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten, also nach dem § 2092 insbesondere die Befriedigung der Gläubiger, Vermächtnißnehmer und Pflichttheilsberechtigten sowie die Vollziehung der von dem Erblasser angeordneten Auflagen, beeinträchtigt werden würde. Am Schlusse ist die Ausnahme beigefügt, es sei denn, daß die Zwangsvollstreckung wegen einer Nachlaßverbindlichkeit erfolgt, also insbesondere, daß derjenige, welcher die

[1]) Stobbe § 309 Anm. 34, 36; Dernburg § 166 Anm. 15; Eccius § 255 S. 500, 504; — vergl. Entsch. d. R. G. Bd. 16 S. 140.

[2]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Eccius § 255 S. 499; Dernburg § 166 hinter Anm. 11.

Zwangsvollstreckung betreibt, aus dem Nachlasse als Nachlaßgläubiger Befriedigung oder die Vollziehung einer von dem Erblasser angeordneten Auflage verlangt. Die Fassung regelt die Beweislast dahin, daß der die Zwangsvollstreckung Betreibende beweisen muß, er verlange die Vollziehung einer Nachlaßverbindlichkeit. Die Verurtheilung des Erben genügt nicht, denn diese kann nur beweisen, daß der Erbe Schuldner ist.

Nicht ausgeschlossen ist, daß, trotz der Vorschrift des § 1903 Abs. 2, der Vollstrecker mit dem Erben gleichzeitig belangt wird, um demnächst seinen Widerspruch im Zwangsvollstreckungs-Rechtszuge zu beseitigen oder mit anderen Worten, um zugleich einen vollstreckbaren Titel gegen ihn auf Gestattung der Zwangsvollstreckung zu erlangen.

Vollstreckbarer Titel gegen den Vollstrecker.

Abgelehnt ist die Auffassung, der Nachlaß, welcher der rechtsgeschäftlichen Verfügungsgewalt des Erben entzogen ist, unterliege auch einer lediglich gegen den Erben erwirkten Zwangsvollstreckung nicht, solange nicht ein gegen den Vollstrecker sich richtender vollstreckbarer Titel erlangt und nicht festgestellt sei, daß der Anspruch und die Pflicht des Vollstreckers, diese Ansprüche aus dem Nachlasse zu befriedigen, begründet sei. Die abgelehnte Auffassung würde zur Folge haben, daß die persönlichen Gläubiger des Erben nicht an den Nachlaß gelangen könnten, solange derselbe in Gemäßheit des § 1901 der Verfügungsgewalt des Erben entzogen ist und der Verfügung des Vollstreckers untersteht, wenigstens insoweit nicht, als eine Beeinträchtigung der vor diesen Gläubigern aus dem Nachlasse zu befriedigenden Personen zu befürchten ist und nicht etwa der Vollstrecker einen dem Erben gehörenden Reinüberschuß in Händen hat. Dies ist zwar im Allgemeinen richtig; aber eine Vorschrift, welche stets einen besonderen vollstreckbaren Titel gegen den Vollstrecker erforderte, würde zu weit führen; sie würde die Selbständigkeit der Vertretungsmacht des Vollstreckers nach ihrer Wirkung und nach ihrem Umfange gegenüber dem Erben steigern. Denn, dem praktischen Erfolge nach, wird alsdann der Erbe aus seiner Stellung als Subjekt des Nachlasses verdrängt und durch den Vollstrecker ersetzt. Eine derartige Rechtsstellung des Vollstreckers würde aber auch nicht mit den §§ 1897 ff., insbesondere nicht mit dem § 1903 Abs. 2, im Einklange stehen. Aus dem Wesen dieser Art von Verfügungsbeschränkung des Erben folgt nicht als nothwendig, daß die rechtsgeschäftliche Verfügung des Erben völlig gleichzustellen ist mit der gegen diesen gerichteten Zwangsvollstreckung, selbst wenn der Erbe dieselbe vielleicht nicht mit aller Sorgfalt abgewehrt, sie vielmehr sogar absichtlich herbeigeführt hat. Es wäre ein wenig befriedigendes Ergebniß, wenn die dritten Berechtigten, welche ihren Anspruch nach dem § 1903 Abs. 2 gegen den Erben im Prozeßwege zu verfolgen veranlaßt waren, nunmehr, um die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß zu erlangen, ihre Rechte in einem weiteren Rechtsstreite gegen den Vollstrecker darlegen müßten.

Widerspruch des Vollstreckers.

Im Prinzipe verdient die Auffassung Billigung, daß in Ansehung der gegen den Erben sich richtenden Zwangsvollstreckung der Nachlaß und das sonstige Vermögen des Erben als nur ein Vermögen anzusehen sind. Dieses Prinzip kann jedoch nicht ohne Ausnahme durchgeführt werden. Denn sonst wäre dem Erben der Weg geboten, durch Machinationen, gegen welche

der Vollstrecker machtlos ist, den Nachlaß den Händen des Vollstreckers zu entwinden, und die Verwendung des Nachlasses nach Maßgabe der Anordnungen des Erblassers zu vereiteln. Deshalb wird dem Vollstrecker das im zweiten Absatze näher bezeichnete Widerspruchsrecht im Zwangsvollstreckungs-Rechtszuge gewährt. Dasselbe ist gerechtfertigt durch den Zweck der Ernennung eines Vollstreckers und entspricht dem anzunehmenden Willen des Erblassers. Der Vollstrecker kann nunmehr verhüten, daß der Nachlaß den persönlichen Gläubigern des Erben preisgegeben wird, solange Personen vorhanden sind, welche als Nachlaßgläubiger, insbesondere kraft der letztwilligen Verfügung oder als Gläubiger des Erblassers, zu befriedigen, oder solange Auflagen aus dem Nachlasse zu vollziehen sind. Das Widerspruchsrecht des Vollstreckers muß aber aufhören, wenn eine Person die Zwangsvollstreckung nachsucht, welche darthut, daß sie nicht zu den persönlichen Gläubigern des Erben gehört. Ist dies dargethan, so bleibt es Sache der in ähnlicher Rechtslage Befindlichen, ihre Vorzugsrechte geltend zu machen. Dem Vollstrecker kann nicht gestattet werden, sich in diese Rechtsstreitigkeiten einzumischen, da er nicht berufen ist, die Rechte des einzelnen dieser Berechtigten gegenüber den anderen Berechtigten wahrzunehmen. Es ist Sache der Gläubiger des Erblassers, Sorge zu tragen, daß sie vor den Pflichttheilsberechtigten, der letzteren, daß sie vor den Vermächtnißnehmern und vor Vollziehung der Auflagen Befriedigung erlangen. Nur wenn es sich um die persönlichen Gläubiger des Erben handelt, kann dem Vollstrecker das Widerspruchsrecht gewährt werden auf Grund seiner Rechtsstellung, für Ausführung der letztwilligen Verfügung zu sorgen.

Gegen die Regelung im zweiten Absatze kann anscheinend eingewendet werden, dieselbe lasse sich nur rechtfertigen, wenn ein gesetzliches Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger außerhalb des Konkurses anerkannt wäre. Nachdem aber der Entwurf (vergl. § 2150) den Nachlaßgläubigern außerhalb des Konkurses des Erben ein Absonderungsrecht überhaupt nicht gewährt habe, und auch im Konkurse des Erben nur ein Absonderungsrecht auf den ganzen Nachlaß, nicht auf den einzelnen Nachlaßgegenstand, eingeräumt sei, und zwar lediglich zum Vortheile aller Nachlaßgläubiger durch Herbeiführung des Nachlaßkonkurses, entbehre die Vorschrift der Berechtigung. Es sei auch bedenklich, die ihrem Wesen nach absoluten Vorschriften über das Gläubigerrecht dadurch gewissermaßen zu Dispositivnormen zu machen, daß dem Erblasser die Befugniß beigelegt werde, durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers ein sonst von dem Gesetze nicht anerkanntes Absonderungsrecht zu schaffen, und dieses von einer Art, welche das Gesetz nicht kenne. Allein diese Einwendungen können als zutreffend nicht anerkannt werden. Denn die dem Testamentsvollstrecker hier beigelegte Befugniß gründet sich nicht auf das Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger, sondern auf die besondere rechtliche Stellung, welche das Gesetz dem Vollstrecker zuweist und in Folge deren der Nachlaß der besonderen Verwaltung und Verfügungsbefugniß des Vollstreckers zum Zwecke der Verwendung für die Ausführung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers und die damit in Verbindung stehende Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten unterliegt.

Inventarrecht des Erben.

Für das geltende Recht wird die Ansicht vertreten, der Vollstrecker könne das Inventarrecht des Erben aufgeben oder die Errichtung des Nachlaß-

inventares durch den Vollstrecker komme dem Erben zu statten[1]). Eine Vorschrift hierüber ist entbehrlich. Dem Vollstrecker steht die Befugniß, das Inventarrecht des Erben aufzugeben, nicht zu, da eine Vertretungsmacht ihm in dieser Beziehung nicht beigelegt ist. Das Gegentheil ergiebt sich sogar aus den §§ 1897, 1899, welche über das Verhalten des Vollstreckers im Falle der Unzulänglichkeit des Nachlasses bestimmen. Das von dem Vollstrecker gelegte Inventar kann dem Erben nur zu statten kommen, wenn er sich auf dasselbe beruft (§ 2104).

Gläubigeraufgebot, Nachlaßkonkurs.

Die Vertretungsmacht des Vollstreckers so weit auszudehnen, daß ihm die Befugniß gewährt würde, das erbschaftliche Gläubigeraufgebot (§§ 2120 ff.) oder den Nachlaßkonkurs zu beantragen[2]), fehlt es an genügenden Gründen. Eine besondere Vorschrift ist nicht erforderlich, da selbstverständlich eine solche Befugniß dem Vollstrecker nicht zusteht, wenn sie ihm nicht beigelegt wird. Zu bestimmen, der Vollstrecker müsse stets über den Antrag auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses gehört werden, ist nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechtes. Wenn dies Ergebniß nicht schon aus dem § 97 Abs. 2 der Konk. O. sich ableiten lassen sollte, so würde es sich um eine Verfahrensvorschrift handeln, welche der Konk. O. angehört.

Nebenintervention.

Dem Vollstrecker das Recht beizulegen, an allen über die Aufrechterhaltung oder über die Ausführung des letzten Willens geführten Rechtsstreitigkeiten als Nebenintervenient theilzunehmen[3]), würde nicht angemessen sein. Die Nebenintervention der C. P. O. setzt ein rechtliches Interesse des Intervenienten voraus (C. P. O. § 630 Abs. 1). Ein solches kann in dem lediglich idealen Interesse des Vollstreckers an der Ausführung des letzten Willens nicht wohl gefunden werden. Das Nebeninterventionsrecht des Vollstreckers, wie es allein in Frage kommen kann, ist aber auch von geringem praktischen Werthe; es verschafft dem Vollstrecker nicht selbständige Rechte. Das dadurch allein erreichbare Ergebniß kann der Vollstrecker ohne Intervention erzielen, indem er diejenige Partei, welche er für berechtigt hält, außergerichtlich unterstützt und ihr seinen Rath zu Theil werden läßt. In Institute des Prozeßrechtes kann nicht ohne zwingende Gründe eingegriffen werden; an solchen Gründen fehlt es. Das Interventionsrecht des Erben in Rechtsstreitigkeiten mit dem Vollstrecker, welches sich aus dem § 66 der C. P. O. ergiebt, bleibt selbstverständlich unberührt.

Kontrahiren mit sich selbst.

Vorschriften über das Recht des Vollstreckers, mit sich selbst zu kontrahiren, sind nicht aufgenommen. Ob die im Prinzipe anerkannte Befugniß, mit sich selbst zu kontrahiren (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 224, 225), in Ansehung des Vollstreckers in ähnlicher Weise zu beschränken sei, wie es in Ansehung des Vorstandes einer juristischen Person und des Vormundes in den §§ 45, 1651 geschehen ist, kann zweifelhaft erscheinen. Allein die Beschränkungen der bezeichneten Vorschriften gründen sich darauf, daß es bei den

---

[1]) Dernburg § 166 bei Anm. 9.

[2]) Dernburg § 166 Anm. 9.

[3]) Stobbe § 309 Anm. 30; code civil Art. 1031 Abs. 4; hess. Entw. Art. 110 Abs. 2.

Geschäften jener gesetzlichen Vertreter an der erforderlichen Kontrole seitens des Geschäftsherrn fehlt und ein Schutz des Vertretenen gegen den Mißbrauch der von dem Gesetze verliehenen Vertretungsmacht im öffentlichen Interesse geboten ist (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 100, 101). Die Vertretungsmacht des Vollstreckers beruht nicht ausschließlich auf dem Gesetze; auch vertritt der Vollstrecker den Erben nur in Ansehung eines begrenzten Kreises von Geschäften. Die Vertretungsmacht ist hiernach eine weniger gefahrdrohende. In der Regel fehlt es aber auch gegenüber dem Vollstrecker nicht an einem Geschäftsherrn, welcher zur Ausübung der erforderlichen Kontrole befähigt und berechtigt ist. Wenn auch dem Erben ein in seinem Willen allein sich gründendes Kündigungsrecht nicht zur Seite steht, so ist doch ein Einschreiten seitens des Erben, falls der Vollstrecker pflichtwidrig handelt, nicht ausgeschlossen (§ 1896). Jedenfalls ist diese Art der Gebundenheit des Erben nicht mit der hülflosen Lage zu vergleichen, in welcher sich juristische und bevormundete Personen gegenüber dem Vorstande oder dem Vormunde befinden.

Darüber, daß dem Vollstrecker die Befugnisse und Pflichten eines Nachlaßpflegers durch das Gesetz nicht beigelegt werden können, vergl. zum § 2059.

§ 1905.

9. Einschränkung der Befugnisse des Vollstreckers.

Durch die Entscheidung, daß die Vorschriften über die Rechte des Vollstreckers insoweit keine Anwendung finden, als der Wille des Erblassers erhellt, das eine oder andere Recht solle dem Vollstrecker ganz oder zum Theil nicht zustehen, gelangen zwei Gedanken zum Ausdrucke, einmal unmittelbar, daß der Erblasser die Rechte des Vollstreckers beschränken kann, sowie, daß die Entziehung eines Rechtes nicht ausdrücklich angeordnet zu werden braucht, sondern auch im Wege der Auslegung festgestellt werden kann, und dann mittelbar, daß der Erblasser die Rechte des Vollstreckers nicht über den von dem Gesetze bestimmten Machtkreis hinaus erweitern kann[1]). In letzterer Hinsicht versteht sich jedoch von selbst, daß eine solche Erweiterung nicht ausgeschlossen ist, welche aus einer nach den allgemeinen Grundsätzen zulässigen selbständigen Auflage sich ergiebt.

§ 1906.

10. Nachlaßverzeichniß.

Der Vollstrecker hat dem Erben ein Verzeichniß der zum Nachlasse gehörenden Gegenstände und Nachlaßverbindlichkeiten mitzutheilen, selbst dann, wenn der Erblasser ein Anderes angeordnet hat (Abs. 1). Der absolute Karakter dieser im Wesentlichen dem geltenden Rechte entsprechenden Vorschrift[2]) ist

[1]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Roth § 389 Anm. 11, 12, § 391 Anm. 21, 43, 48; Dernburg § 166 a. A., Eccius § 255 S. 496; sächs. G. B. § 2238; Mommsen § 184 Abs. 1, 2.

[2]) Stobbe § 309 Anm. 21; bayr. L. R. III, 2 § 17 Nr. 6; Roth § 391 Anm. 29; Dernburg § 168 Anm. 2—4; sächs. G. B. § 2237; code civil Art. 1031 Abs. 2; Mommsen § 184 Abs. 2, § 187 Abs. 2; hess. Entw. Art. 212.

erforderlich, da es dem Erblasser nicht gestattet werden kann, Anordnungen zu treffen, welche die Herstellung eines Inventares verhindern oder erschweren und dem Erben Schwierigkeiten in Ansehung der Wahrung des Inventarrechtes bereiten. In Abweichung von dem § 1042 sind die Nachlaßverbindlichkeiten erwähnt mit Rücksicht darauf, daß diese für den Erben von besonderer Bedeutung sind. Im öffentlichen Interesse und zum Schutze des Erben sowie der Nachlaßgläubiger kann in keinem Falle davon abgesehen werden, daß der Vollstrecker dem Erben den Vermögensbestand offenzulegen hat. Weiter wird dem Vollstrecker die Verpflichtung auferlegt, dem Erben die zur Ausübung des Inventarrechtes sonst erforderliche Beihülfe zu leisten (Abs. 1 a. E.). Dies ist geboten, weil möglicherweise das dem Erben mitzutheilende Verzeichniß zum Zwecke der Ausübung des Inventarrechtes nicht genügt, insbesondere im Hinblicke auf die nach dem § 2105 Abs. 2 erforderlichen Werthangaben. Dazu kommt, daß dem Erben allein obliegt, das Inventarrecht sich zu sichern und daß in der Regel in Gemäßheit des § 1899 der Vollstrecker die zum Nachlasse gehörenden Gegenstände in seine Obhut genommen haben wird.

Vorzuschreiben, daß der Vollstrecker dem Erben zur Sicherheitsleistung nur verpflichtet sei, soweit der Erblasser Sicherheitsleistung angeordnet habe[1]), ist entbehrlich. Wenn eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung nicht bestimmt wird, besteht sie nicht.

Im Anschlusse an die §§ 993, 1042 ist ferner bestimmt, wie das dem Erben mitzutheilende Nachlaßverzeichniß beschaffen sein soll (Abs. 2).

§ 1907.

11. Aushändigungspflicht während des Amtes.

Die Hauptaufgabe des Vollstreckers ist es, den letzten Willen des Erblassers auszuführen. Das Verwaltungsrecht des Vollstreckers, welches, soweit es reicht, das Verfügungsrecht des Erben einschränkt, ist von Anfang an nur ein Mittel, das dem Zwecke der Ausführung der letztwilligen Verfügung dient. Das Verwaltungsrecht sachlich auf die zur Ausführung der letztwilligen Verfügung erforderlichen Mittel des Nachlasses zu beschränken, ist nicht ausführbar[2]). Dagegen ist eine entsprechende obligatorische Begrenzung der Rechte des Vollstreckers, wie sie der § 1907 bestimmt, innerlich gerechtfertigt und nothwendig, obschon dadurch das im § 1899 dem Vollstrecker beigelegte Inhabungs- und Verwaltungsrecht in erheblichem Maße beschränkt wird. Daraus ergiebt sich, daß der Vollstrecker in Ansehung aller nicht zur Ausführung der Verfügung erforderlichen Nachlaßgegenstände in die Wiederherstellung der freien Verfügungsgewalt des Erben zu willigen und Alles zu thun hat, was zur Herstellung eines dieser freien Verfügungsgewalt entsprechenden Zustandes erforderlich ist. Er hat also insbesondere in die Eintragung der etwa erforder-

[1]) Bayr. L. R. III, 2 § 17 Nr. 5; Stobbe § 309 Anm. 19.

[2]) Vergl. sächs. G. B. § 2243; Mommsen § 185 Abs. 3; hess. Entw. Art. 216, 219.

lichen Vermerke in das Grundbuch zu willigen und dem Erben die Inhabung der Nachlaßsachen einzuräumen, auch zu solchen Verfügungen des Erben seine Einwilligung zu ertheilen. Ueber die Rückgabepflicht ist im Uebrigen im § 1908 durch Verweisung auf den § 591 bestimmt.

Bedingte Vermächtnisse 2c.

In Ansehung der bedingten oder betagten Vermächtnisse und Auflagen entspricht die Vorschrift, daß der Vollstrecker die Auslieferung der Nachlaßgegenstände nicht verweigern kann, wenn der Erbe wegen der Vollziehung Sicherheit leistet (Satz 2), dem Gedanken, auf welchem die übrigen Vorschriften des § 1907 beruhen. In Ermangelung einer solchen Vorschrift würde wegen der Mittel, welche zur Erfüllung bedingter oder betagter Beschwerungen erforderlich sind, die Auslieferungspflicht des Vollstreckers bis zur Erfüllung oder bis zum Feststehen der Nichterfüllung der Bedingung oder bis zum Eintritte der Frist hinausgeschoben bleiben. Selbst die einstweilige Inhabung würde der Erbe kaum fordern dürfen. Daraus könnten sich große Härten für den Erben ergeben, indem dieser unter Umständen auf sehr lange, vielleicht ungemessene Zeit hinaus in der thatsächlichen und rechtlichen Verfügung über Nachlaßgegenstände beschränkt sein würde. Den Erben nur für obligatorisch verpflichtet zu erklären, dem Vollstrecker zur gehörigen Zeit die zur Ausführung erforderlichen Mittel zurückzugeben, würde zu weit gehen. Damit würde schwerlich dem vermuthlichen Willen des Erblassers Genüge geschehen. Eine solche lediglich obligatorische Verbindlichkeit des Erben, welchem der Anspruch auf sofortige Herstellung seiner freien Verfügungsbefugniß gewährt wird, würde nicht dem Zwecke der Ernennung eines Testamentsvollstreckers entsprechen; denn dieser Zweck muß gerade darin gefunden werden, die Ausführung der letztwilligen Verfügungen auch gegenüber dem Erben zu sichern und von dem Willen und der Zahlungsfähigkeit des Erben unabhängig zu machen. In dieser Hinsicht einen Unterschied zu machen zwischen den unbedingten und unbetagten Beschwerungen einerseits und den bedingten und betagten Beschwerungen andererseits, wäre kaum gerechtfertigt. Wohl aber entspricht es dem praktischen Bedürfnisse und beseitigt jene Härten, wenn die im zweiten Satze bestimmte Ermäßigung der Beschränkung des Erben eintritt und dem Erben der Anspruch auf Auslieferung gegen Sicherheitsleistung gewährt wird.

Auflagen, betr. eine Unterlassung.

Der Auflagen, welche eine Unterlassung bezielen, besonders zu gedenken, ist nicht erforderlich. In Ansehung solcher Auflagen muß, ihrem Inhalte nach, nicht die Ausführung der Auflagen, sondern deren Geltendmachung als dem Vollstrecker übertragen angesehen werden.

Zweifelhafte Beschwerungen.

Ueber zweifelhafte Beschwerungen ist eine entsprechende Vorschrift nicht aufgenommen. Es kann keinem Bedenken unterliegen, daß es dem Erben freisteht, im Wege der negativen Feststellungsklage die Erledigung solcher Ansprüche zu beschleunigen, da er in Ansehung derselben nach dem § 1903 Abs. 2 passiv legitimirt ist und sein rechtliches Interesse an deren Erledigung erhellt. Eine solche Klage steht hingegen dem Vollstrecker nicht zu. Dabei ist noch zu erwägen, daß nach dem § 1897 der Erbe durch seinen Widerspruch jede Beschwerung zu einer zweifelhaften zu machen im Stande ist.

§ 1908.

12. Anwendbarkeit von Vorschriften über den Auftragsvertrag.

Daß in Ansehung der dem Testamentsvollstrecker obliegenden Geschäfte auf das Verhältniß zwischen ihm und dem Erben einige Vorschriften über den Auftragsvertrag für entsprechend anwendbar erklärt werden (Abs. 1), stimmt im Wesentlichen überein mit dem preuß. A. L. R. I, 12 § 557, während andere Rechte auf den Verwalter fremder Angelegenheiten[1]) und das sächs. G. B. § 2244 auf Geschäftsführung ohne Auftrag verweisen.

Die entsprechende Anwendung der angezogenen Vorschriften über den Auftrag führt zu einem befriedigenden Ergebnisse. Zweifelhaft kann die entsprechende Anwendung des § 594 insofern erscheinen, als derselbe von einer Vorschußpflicht spricht. Allein auch der § 594 giebt dem Beauftragten nicht einen klagbaren Anspruch gegen den Auftraggeber auf Leistung eines Vorschusses, sondern setzt nur den Beauftragten außer Verantwortung, wenn er einen nothwendigen Vorschuß nicht erhält, weil er selbst nicht in Vorschuß zu gehen braucht. Dieser Sinn des § 594 ergiebt sich zwar vornehmlich aus der Widerruflichkeit des Auftrages; indessen ist nicht zu befürchten, daß die entsprechende Anwendung der Vorschrift auf den Vollstrecker in einem anderen Sinne könnte aufgefaßt werden.

Rechenschaftspflicht.

Der zweite und dritte Absatz dehnen die durch Bezugnahme auf den § 591 dem Vollstrecker auferlegte Rechenschaftspflicht dahin noch aus, daß auf Verlangen des Erben der Vollstrecker jährlich Rechnung zu legen hat, und daß die Pflicht zur Rechnungslegung von dem Erblasser nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann[2]). Die jährliche Rechnungslegung auf Verlangen des Erben ist bestimmt mit Rücksicht auf die vielleicht lange Dauer des Amtes und weil eine zeitliche Begrenzung der Dauer des Amtes als nicht durchführbar nicht aufgenommen ist (vergl. S. 225). Dem Erblasser zu gestatten, die Rechnungslegung zu erlassen oder wenigstens auf längere Fristen zu beschränken (sächs. G. B. § 2239), besteht kein zureichender Grund. Die Erlassung der Rechnungslegung würde Erben völlig in die Hände des Vollstreckers geben.

§ 1909.

13. Vergütung.

Dem Vollstrecker wird, sofern nicht der Erblasser ein Anderes angeordnet hat, der Anspruch auf eine angemessene Vergütung für seine Geschäftsbesorgung zugebilligt. Dies entspricht dem Gedanken, auf welchem der § 586 beruht, und der Billigkeit[3]). Der Erblasser soll die Gewährung einer

---

[1]) Stobbe § 309 Anm. 57.

[2]) Stobbe § 309 S. 274, 275; Roth § 391 Anm. 8, 9, § 392 II; code civil Art. 1031 letzter Abs.; sächs. G. B. §§ 22, 39; Mommsen §§ 187, 188 Abs. 2; hess. Entw. Art 217; Eccius § 255 S. 505, Dernburg § 168 Anm. 1.

[3]) Sächs. G. B. § 2245; bayr. L. R. III, 2 § 20 Nr. 5; Roth § 391 Anm. 13; code civil Art. 1034; Mommsen § 188; hess. Entw. Art. 220; Stobbe § 309 Anm. 39.

Vergütung ausschließen können („sofern nicht der Erblasser ein Anderes bestimmt hat“). Ohne diesen Zusatz könnte angenommen werden, der Erblasser sei nicht befugt, dem Vollstrecker gegenüber dem Erben das Recht auf eine Vergütung zu entziehen, da der Vollstrecker Geschäfte des Erben zu besorgen habe. Ausgesprochen ist damit zugleich, daß, wenn der Erblasser die Vergütung bestimmt hat, es bei dieser Bestimmung bewenden muß. In Ansehung der Entrichtung der Vergütung ist der § 596 für entsprechend anwendbar erklärt.

Ausschließung durch Zuwendung.

Zu bestimmen, der Vollstrecker könne für seine Geschäftsführung eine Vergütung nicht fordern, wenn ihm der Erblasser eine Zuwendung gemacht hat, ist nicht für angemessen erachtet. Ob der Erblasser, indem er den Vollstrecker gleichzeitig zum Erben einsetzt oder ihm ein Vermächtniß zuwendet, ihn dadurch zugleich für seine Bemühungen als Testamentsvollstrecker hat entschädigen wollen, ist eine nach den Umständen des einzelnen Falles zu entscheidende Thatfrage; eine Vermuthung läßt sich in dieser Beziehung nicht aufstellen.

Nicht gerechtfertigt würde es sein, das durch letztwillige Anordnung bestimmte oder nach dem § 1909 sich ergebende Honorar des Vollstreckers als durch Vermächtniß zugewendet zu behandeln. Durch eine solche Gleichstellung des Rechtes auf Vergütung mit dem Rechte aus einem Vermächtnisse würde die Folge herbeigeführt werden, daß der Vollstrecker erst Befriedigung verlangen kann, wenn zuvor alle Gläubiger des Erblassers sowie die Pflichttheilsberechtigten befriedigt sind. Damit würde der Entscheidung der Frage vorgegriffen werden, ob nicht unter Umständen der Vergütungsanspruch den Karakter einer Masseschuld annehmen kann, wenn nämlich wegen der Art der geleisteten Dienste anzunehmen ist, daß diese Dienste auch im Interesse der Gläubiger geleistet sind und zu leisten waren. Die Frage allgemein zu entscheiden, besteht kein Anlaß, zumal sie nur selten praktische Bedeutung gewinnen wird.

In Ansehung der Vergütung die §§ 353, 354 für entsprechend anwendbar zu erklären, würde gleichfalls nicht gerechtfertigt sein. Die Bezugnahme auf jene Vorschriften hätte nur Bedeutung, wenn in denselben eine Entscheidung über die Beweislast gefunden werden könnte; diesen Zweck verfolgen jene Paragraphen aber nicht (Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 192, 193).

§ 1910.

14. Vollstrecker hinf. der Beschwerungen eines Vermächtnißnehmers.

Die Vorschrift, daß, wenn in Ansehung der einem Vermächtnißnehmer auferlegten Beschwerungen ein Vollstrecker ernannt ist, die §§ 1889—1909 entsprechende Anwendung finden, deckt durch ihre Fassung alle in Betracht kommenden Fälle, insbesondere den, daß in Ansehung eines vielleicht die ganze Erbschaft erschöpfenden erheblichen Vermächtnisses Untervermächtnisse oder Auflagen bestimmt sind, aber auch den Fall, daß ein Testamentsvollstrecker im Allgemeinen ernannt und nach dem Inhalte des Testamentes anzunehmen ist, der Vollstrecker habe als solcher in Ansehung der Beschwerungen eines Vermächtnißnehmers gleichfalls seines Amtes zu walten.

Die Frage wird damit nicht beantwortet, ob in der Ernennung zum Vollstrecker, sofern nicht von dem Erblasser ein Anderes bestimmt ist, die Uebertragung der Ausführung von Untervermächtnissen oder Auflagen, mit welchen ein Vermächtnißnehmer beschwert ist, zu finden sei. Diese Frage muß der Entscheidung des einzelnen Falles überlassen bleiben, und zwar im Wege der Auslegung des letzten Willens. Liegt aber ein solcher Wille erkennbar vor, dann findet die Vorschrift Anwendung, und zwar ohne Unterschied, ob der Auftrag mit einer allgemeinen Ernennung zum Vollstrecker verbunden oder abgesondert und sogar einer anderen Person, möglicherweise auch dem beschwerten Erben, ertheilt ist. Der Auftrag, die einen Vermächtnißnehmer beschwerenden Anordnungen auszuführen, unterscheidet sich in seinen Wirkungen von der allgemeinen Ernennung zum Vollstrecker. Die letztere verleiht dem Ernannten eine gewisse, mehr oder weniger selbständige Vertretungsmacht für den Erben, der beschränktere Auftrag eine solche für den Vermächtnißnehmer. Daß aber auch dem Vermächtnißnehmer ein derartiger Vertreter ernannt werden kann, ist ausdrücklich zu bestimmen; es würde nicht als selbstverständlich anzusehen sein. Der Unterschied, daß der so ernannte Vertreter des Vermächtnißnehmers nicht ein ganzes Vermögen zu verwalten hat, läßt für die Anwendung einiger Vorschriften der §§ 1889—1909 keinen Raum, steht aber nicht im Allgemeinen der entsprechenden Anwendbarkeit derselben entgegen. Insbesondere hat der für den Vermächtnißnehmer ernannte Vollstrecker den Gegenstand des Vermächtnisses einzufordern und in seine Inhabung zu nehmen, sodann aber die Ausführung der den Vermächtnißnehmer beschwerenden Anordnungen zu besorgen, hierbei jedoch den etwaigen Widerspruch des beschwerten Vermächtnißnehmers zu beachten.

Siebenter Titel.

Errichtung letztwilliger Verfügungen.

Die §§ 1911—1913 enthalten allgemeine Vorschriften, die §§ 1914 bis 1932 die Vorschriften über die Errichtung, und zwar die §§ 1914—1924 über die Errichtung in ordentlicher Form, die §§ 1925—1932 über die Errichtung in außerordentlicher Form und die Verwahrung, die §§ 1933—1936 die Vorschriften über die Aufhebung, die §§ 1937—1939 die Vorschriften über die Verkündung und einige damit im Zusammenhange stehende Fragen.

I. Allgemeine Vorschriften.

§ 1911.

1. Ausschluß der Vertretung.

Daß die Errichtung einer letztwilligen Verfügung nur durch persönliche Erklärung des Erblassers erfolgen kann, entspricht im Wesentlichen dem

geltenden Rechte[1]). Um bei der Wichtigkeit der Frage jeden Zweifel abzuschneiden, wird nicht bestimmt, die Errichtung könne nicht durch einen Vertreter, insbesondere nicht durch einen gesetzlichen Vertreter, erfolgen. Durch eine solche Vorschrift würde nur die Zulässigkeit der Vertretung im Willen ausgeschlossen werden (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 223). Darauf sich zu verlassen, daß aus den späteren einschlagenden Vorschriften von selbst erhelle, die Vertretung in der Erklärung, welche in Wirklichkeit keine Vertretung ist, sei ausgeschlossen, wäre nicht unbedenklich. Die Fassung schließt sich an den § 1248 an. Dadurch wird klargestellt, daß für die Verwendung irgend einer Mittelsperson, möge sie Vertreter im Willen oder nur Bote sein, bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung kein Raum ist. Welche Handlungen für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung wesentlich und mithin von dem Verfügenden persönlich vorzunehmen sind, ergiebt sich aus den §§ 1914 ff.; Vorschriften im Sinne des preuß. A. L. R. I, 12 §§ 68—70 sind daher entbehrlich. Einer Hinweisung auf Ausnahmen bedarf es nicht. Insbesondere enthält die Vorschrift des § 1918 Satz 2 keine Ausnahme. Das Aufsetzen eines zu überreichenden Schriftstückes ist nur ein vorbereitender Akt.

Die Vorschrift hat zwar die Natur einer Formvorschrift; sie ist aber den Formvorschriften der §§ 1914 ff. vorausgestellt, da sie für jede Art der letztwilligen Verfügungen gilt.

§ 1912.

2. Testamentsfähigkeit.

Die Vorschriften über die Befugniß desjenigen, welcher in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, eine letztwillige Verfügung zu errichten, weichen erheblich ab von den für Rechtsgeschäfte geltenden allgemeinen Grundsätzen, indem der Geschäftsunfähige gar nicht, weder durch einen gesetzlichen Vertreter noch mit Einwilligung desselben, eine letztwillige Verfügung errichten kann, während andererseits der in der Geschäftsfähigkeit mit Rücksicht auf sein Lebensalter Beschränkte, sobald er das sechszehnte Lebensjahr zurückgelegt hat, ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters letztwillig verfügen kann. Der Minderjährige gilt hiernach in dieser Beziehung in der Zeit vom vollendeten siebenten bis zum vollendeten sechszehnten Lebensjahre für geschäftsunfähig (vergl. demgegenüber die §§ 64, 65; Motive zum Allg. Th. S. 129 ff.).

Lebensalter des Verfügenden.

In Ansehung des Lebensalters, mit welchem die Befugniß, eine letztwillige Verfügung zu errichten, beginnt, ist das geltende Recht verschieden. Nach dem gemeinen Rechte[2]) und einer Anzahl ihm folgender Statuten[3]) be-

---

[1]) Windscheid § 545 Anm. 5; preuß. A. L. R. I, 12 § 66; code civil Art. 972, 976 ff.; bayr. Notar. Ges. Art. 60, 61; Roth § 302 Anm. 22; sächs. G. B. §§ 2064, 2097; für württemb. Recht Stein §§ 49 ff.; lüb. Ges. v. 9. Dezember 1865 Art. 1 ff.; Mommsen § 61; hess. Entw. Art. 85, 91.

[2]) Windscheid § 539 Anm. 4.

[3]) Mainz. L. R. 8, 1; fränk. Ld. G. O. 39, 1; nürnb. Ref. 29. 2; schweinf. St. R. 17; altenb. Recht, Hesse § 173; u. A.

ginnt die Befugniß mit dem vollendeten zwölften bezw. vierzehnten Lebensjahre, je nachdem es sich um Mädchen oder Knaben handelt. Mit dem vollendeten vierzehnten Lebensjahre beginnt die Befugniß (ohne Unterschied des Geschlechtes) nach dem preuß. A. L. R. I, 12 § 16, dem sächs. G. B. § 2066, dem österr. G. B. § 569, dem bayr. L. R. III, 3 § 13 und einigen anderen Rechten beschränkten Geltungsgebietes. Vereinzelt wird Vollendung des achtzehnten Lebensjahres erfordert[1]) (für Frauen genügen nach brem. Rechte fünfzehn Jahre), das hamb. und lüb. Recht sowie einige schlesw.holst. Statuten erfordern Volljährigkeit. Mit dem Entwurfe stimmen im Wesentlichen überein der code civil Art. 903, das württemb. Recht (vergl. Stein § 43), die holst. Verordn. vom 21. Februar 1782, das hohenloh. L. R. IV, 1, 2 und der hess. Entw. Art. 73.

Formerschwerung, Beschränkung für gewisse Altersstufen.

Das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 17, 152 und das österr. G. B. § 569 bestimmen in Ansehung des Verfügenden, welcher das achtzehnte Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hat, eine erschwerte Form. Nach dem code civil Art. 904 können Minderjährige überhaupt nur über die Hälfte ihres Vermögens letztwillig verfügen. Das württemb. Recht (Stein § 43 Anm. 3) legt andererseits dem Pupillensenate die Befugniß bei, solchen, welche das vierzehnte Lebensjahr, aber noch nicht das sechszehnte zurückgelegt haben, durch Dispensation die volle Testirbefugniß einzuräumen.

Der Entwurf knüpft an das sechszehnte Lebensjahr an, theils, weil an dieses Alter auch andere Befugnisse geknüpft sind (C. P. O. § 435; Str. P. O. § 56 Nr. 1; vergl. § 1233 Abs. 2 des Entwurfes), theils, weil in der Regel mit dieser Altersstufe die geistige Reife erlangt wird, welche zu einer selbständigen und überlegten Willenserklärung erforderlich ist. Auf ein früheres Lebensalter zurückzugreifen, ist nicht rathsam. Insbesondere kann darauf kein Gewicht gelegt werden, daß da, wo vierzehn Jahre als Grenze festgehalten sind, bisher kein Uebelstand daraus erwachsen sei[2]). Das achtzehnte Lebensjahr für maßgebend zu erklären, wäre bedenklich. Diese Altersgrenze haben nur wenige geltende Rechte; sie erscheint auch nicht folgerichtig gegenüber den Prozeßgesetzen und würde eine neue Unterscheidung in Ansehung des Lebensalters im Reichsrechte herbeiführen. Die Volljährigkeit zu erfordern, wäre deshalb nicht angemessen, weil es für Waisen nicht ungefährlich sein würde, hierdurch deren vielleicht entfernten Verwandten auf so lange Zeit eine unentziehbare Erbhoffnung und damit eine nicht zu unterschätzende Macht einzuräumen (vergl. Mot. zum preuß. Entw. von 1835 S. 78). Die Beschränkung der noch nicht Volljährigen auf die Verfügungsmacht über die Hälfte des Vermögens ist nicht geeignet zur Nachbildung. Es läßt sich innerlich nicht rechtfertigen, daß Jemand, welcher nicht über seinen ganzen Nachlaß verfügen soll, verständig und selbständig genug sei, über die Häfte zu verfügen. Den Mangel der Testirfähigkeit durch Beschränkungen in der Form zu ersetzen, wäre gegenüber den Formvorschriften

[1]) Z. B. nach frankf. und brem. Recht, einigen schlesw. holst. Statuten; auch nach Mommsen § 48.

[2]) Siebenhaar zu § 2066 sächs. G. B.; Mommsen's Mot. S. 174.

des Entwurfes nicht gerechtfertigt. Würde bestimmt, die Zuziehung des Vormundes oder Pflegers oder des Inhabers der elterlichen Gewalt sei erforderlich, so wäre die freie Willensbestimmung des Verfügenden gefährdet.

Geschäftsunfähigkeit rc

Der Entwurf spricht nur von der Beschränkung in Ansehung des Lebensalters. Insbesondere besteht kein Anlaß, in Ansehung der Geschäftsunfähigen oder der, abgesehen von dem Lebensalter, in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten etwas zu bestimmen. Von selbst versteht sich, daß Geschäftsunfähige auch nicht durch ihren gesetzlichen Vertreter eine letztwillige Verfügung errichten können. Soweit in letzterer Beziehung ein Zweifel möglich wäre, wird derselbe durch die Vorschrift des § 1911 beseitigt. Im Uebrigen trifft die Vorschrift des § 64 Abs. 3, nach welcher Willenserklärungen geschäftsunfähiger Personen nichtig sind, auch die letztwilligen Verfügungen solcher Personen. Eine nochmalige Hervorhebung dieses Erfolges ist nicht geboten, insbesondere nicht deshalb, weil der § 1753 bestimmt, „der Erblasser kann, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, ... verfügen"; denn der § 1753 betrifft nur die Verfügungsmacht, nicht die Geschäftsfähigkeit. Wenn im § 1231 besonders ausgesprochen ist, daß eine geschäftsunfähige Person eine Ehe nicht schließen kann, so hat dies seinen Grund darin, daß einerseits im Interesse der zur Handhabung des Gesetzes berufenen Standesbeamten sämmtliche Ehehindernisse zusammengestellt sind, und daß andererseits jeder Zweifel darüber auszuschließen ist, ob in der Eheschließung ein rechtsgeschäftlicher Akt, ein Vertrag, zu finden ist. Nach dem § 64 Abs. 2, 3 wird es ferner nicht zweifelhaft sein (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 130), daß die Unfähigkeit der wegen Geisteskrankheit Entmündigten, letztwillig zu verfügen, sich bis zu dem Zeitpunkte erstreckt, in welchem die Entmündigung aufgehoben wurde, ohne Rücksicht auf etwaige lichte Zwischenräume oder inzwischen eintretende Gesundung[1]). In Ansehung des lichten Zwischenraumes weichen ab das gemeine Recht[2]), das bayr. L. R. III, 3 § 3 Nr. 2 und zahlreiche Statutarrechte, sowie das österr. G. B. § 567, in beschränkter Weise das sächs. G. B. § 2069, jedoch ist der § 2069 aufgehoben durch Ges. v. 20. Februar 1882 III; — vergl. aber auch C. P. O. §§ 593 ff. Die im preuß. A. L. R. I, 12 § 22 aufgestellte Vermuthung, daß derjenige, welcher innerhalb eines Jahres vor angeordneter Vormundschaft eine außergerichtliche oder privilegirte letztwillige Verordnung errichtet hat, seines Verstandes nicht mächtig gewesen sei, kann als begründet nicht anerkannt werden.

In Ansehung der nach dem § 1727 des vormundschaftlichen Schutzes für bedürftig erklärten Personen, und in Ansehung derjenigen Personen, über welche nach dem § 1737 eine vorläufige Vormundschaft angeordnet ist, bedarf es besonderer Vorschriften nicht; die Vorschrift des zweiten Absatzes genügt.

Verschwender.

Die wegen Verschwendung Entmündigten erklärt das gemeine Recht nach der herrschenden Meinung für unfähig, eine letztwillige Verfügung zu errichten[3]).

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 12 §§ 20, 21; code civil Art. 502, 508; Mommsen § 50; heff. Entw. Art. 72.

[2]) Windscheid § 539 Anm. 3; Roth § 300 Anm. 14.

[3]) Windscheid § 539 Nr. 2; Brinz § 368 Anm. 11.

Ihm folgen zahlreiche andere Rechte[1]), in beschränkter Weise das bad. L. R. (Satz 502 ff., 513a, „wenn sie, einmal interdizirt, sich Uebertretungen des Verbotes erlaubt haben und nun völlig mundtodt gemacht sind"). Jedoch gestatten das sächs. G. B. § 2210 und Mommsen § 164 dem Verschwender wenigstens den Widerruf eines früher errichteten Testamentes. Das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 27—34 mit Anh. § 42 und das österr. G. B. 568, welche ebenfalls den Widerruf zulassen, beschränken die Verfügungsmacht des Verschwenders unter gewissen Voraussetzungen auf die Hälfte des Vermögens. Ganz frei lassen den Verschwender verfügen der code civil Art. 513 und der hess. Entw. (vergl. dessen Mot. S. 53, 54).

Eine Beschränkung des Verschwenders, wenn sie gleich dem überwiegend geltenden Rechte entspricht, kann als innerlich begründet nicht anerkannt werden. Der Zweck der Entmündigung wegen Verschwendung ist, zu verhüten, daß der Verschwender sich oder seine Familie dem Nothstande preisgiebt (§ 29). Dieser Zweck rechtfertigt nur eine Beschränkung desselben in Ansehung des Verkehres unter Lebenden (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 149). Gegenüber einer letztwilligen Verfügung des Verschwenders kommt lediglich die Rücksicht auf die Verwandten, insbesondere die Familie, in Frage. Dieser Rücksicht entspricht das Institut des Pflichttheilsrechtes. Der Umstand, daß der Verschwender von der Befugniß, letztwillig zu verfügen, möglicherweise einen unangemessenen Gebrauch macht, kann noch nicht dazu führen, ihm diese Befugniß überhaupt zu entziehen und dadurch den Verwandten eine absolute Erbhoffnung einzuräumen. Wenn dagegen auf der anderen Seite die Besorgniß sich geltend machen läßt, die Verwandten würden, wenn ihre Erbhoffnung nicht eine unentziehbare sei, Anstand nehmen, die an sich gebotene Entmündigung zu beantragen, weil der Antragsteller befürchten müsse, daß der Verschwender sich an ihm rächen werde, indem er ihm durch letztwillige Verfügung das Vermögen entziehe, und das Institut der Entmündigung werde deshalb seine praktische Bedeutung zum großen Theile verlieren, so geht diese Besorgniß zu weit. Für einzelne Fälle mag dieselbe nicht ohne jede Berechtigung sein. Aber es ist nicht zu übersehen, daß auf der anderen Seite das kaum minder wichtige Bedenken sich erhebt, es möchte, wenn den Entmündigten die Befugniß, letztwillig zu verfügen, entzogen wird, darin ein Anreiz für eigennützige Verwandte, welchen das Gesetz nicht einmal einen Pflichttheilsanspruch gewährt, gefunden werden, den wohlhabenden Verwandten mit Entmündigungsanträgen zu verfolgen.

Der Mittelweg des preuß. A. L. R. und des österr. G. B. entbehrt der Folgerichtigkeit. Derselbe enthält eine Erweiterung des Pflichttheilsanspruches auf Verwandte, welche vielleicht an sich nicht pflichttheilsberechtigt sind, und erscheint auch an sich unbegründet, da nicht anzunehmen ist, daß eine Verfügung über die Hälfte des Vermögens die erhobenen Bedenken beseitigt. Damit

[1]) Bayr. L. R. III, 3 § 3 Nr. 3; das württemb. Recht, Stein § 43 Nr. 4; das frankf., hamb. und brem. Recht; sächs. G. B. § 2072; ein Theil der in den thüring. Staaten geltenden Gesetze; Mommsen § 51 mit Zurückbeziehung auf die Zeit des Antrages.

würden zugleich Verwickelungen geschaffen werden, welche zu beseitigen der Entwurf sich angelegen sein läßt, indem er das Pflichttheilsrecht auf einen Forderungsanspruch beschränkt (vergl. § 1976).

Willensmängel.

Der Entwurf hat keine Vorschriften im Sinne des preuß. A. L. R. I, 12 §§ 23—25 aufgenommen. Es ist nicht abzusehen, weshalb die allgemeinen Vorschriften über die Willensmängel besonders zu gestalten seien in Ansehung gerichtlich aufgenommener letztwilliger Verfügungen (vergl. Entsch. d. R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 431 ff.).

Gebrechliche.

Im geltenden Rechte finden sich zumeist Vorschriften über die Unfähigkeit, letztwillig zu verfügen, wenn es dem Verfügenden am Willensausdrucksvermögen fehlt, theils unter Aufzählung einzelner Gebrechen, theils allgemeiner Art[1]). Der Entwurf beruht auf der Auffassung, daß Personen, welche ihren letzten Willen weder mündlich noch schriftlich auszudrücken vermögen, eine letztwillige Verfügung nicht errichten können, daß also insbesondere die Errichtung durch Zeichen ausgeschlossen ist. Dies gelangt aber nur zum Ausdrucke durch die Vorschriften der §§ 1921, 1922. Eine allgemeine Vorschrift, daß solche Personen nicht rechtsgeschäftlich thätig werden können, ist überall nicht aufgestellt und konnte nicht aufgestellt werden. Es würde höchst bedenklich sein, zu gestatten, daß die bezeichneten Personen letztwillig durch Zeichen oder selbst unter Beihülfe von Dolmetschern (vergl. G. V. G. § 188) verfügen. Denn in einem solchen Falle läßt sich der Wille des Erblassers nicht mit Zuverlässigkeit ermitteln. In Ansehung der Taubstummen, welche weder lesen noch schreiben gelernt haben (vergl. Entsch. d. R. G. Bd. 18 S. 302 ff.), ist jede Kontrole des Dolmetschers ausgeschlossen; überdies ist nicht anzunehmen, daß solche Personen das erforderliche Verständniß von der Bedeutung einer letztwilligen Verfügung haben. Indessen ist eine besondere Vorschrift im Sinne jener Rechte nicht am Platze. Denn den bezeichneten Personen ist die Möglichkeit, letztwillig zu verfügen, nicht deshalb versagt, weil ihre Rechtsfähigkeit gemindert ist oder weil sie geschäftsunfähig sind, sondern lediglich deshalb, weil sie sich nicht in der Lage befinden, ihren Willen in der erforderlichen Form kundzugeben. Nur die Möglichkeit des erforderlichen Willensausdruckes fehlt ihnen. Die thatsächliche Verhinderung, den letzten Willen zu errichten, gelangt zum angemessenen Ausdrucke, wenn das Gesetz Formvorschriften aufstellt, aus welchen erhellt, daß diese Personen von den bestimmten Formen nicht Gebrauch machen können. Die thatsächliche Verhinderung steht derjenigen gleich, welche für Jeden besteht, der sich nicht hinreichend verständlich machen kann, z. B. weil er nur eine Sprache spricht und versteht, welche bei uns von Niemandem verstanden wird.

Errichtung durch Zeichen.

Zwar läßt sich erinnern, es werde leicht möglich sein, die Vorschriften des Gesetzes zu umgehen, indem ein solcher Deutscher sich in das Ausland begebe und, falls dort die Errichtung einer letztwilligen Verfügung durch

---

[1]) Windscheid § 539 Nr. 3; Brinz § 368 Anm. 13; Roth § 300 Anm. 17—20; preuß. A. L. R. I, 12 § 26; sächs. G. B. §§ 2070, 2071, 2098; Mommsen § 52; hess. Entw. Art. 74.

Zeichen statthaft ist, daselbst eine letztwillige Verfügung errichtet, welche nach dem Grundsatze „locus regit actum" (einem Grundsatze, welchem die Anerkennung nicht versagt ist) anzuerkennen sein werde. Allein dieser Erinnerung kann insofern entscheidende Bedeutung nicht beigemessen werden, als sie nicht zu rechtfertigen vermag, daß die bezeichneten Personen für unfähig erklärt werden, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, an dessen Vornahme sie nur thatsächlich verhindert sind.

Ablehnung weiterer Unfähigkeitsgründe.

Einige Rechte kennen noch eine Unfähigkeit, letztwillig zu verfügen, in Ansehung der Pasquillanten, Zinswucherer, Personen, welche eine inzestuose Ehe eingegangen haben, Deserteurs, wegen Hochverrathes oder sonst zu schweren Strafen Verurtheilter u. s. w.[1]). Diese Vorschriften werden schon im gemeinen Rechte zumeist als nicht mehr geltend angesehen oder passen doch nicht zu den Auffassungen des Entwurfes. Die Unfähigkeit, letztwillig zu verfügen, oder die beschränkte Befugniß, letztwillig zu verfügen, welche noch einige geltende Rechte in Ansehung der katholischen Geistlichen[2]) oder doch in Ansehung der Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen (Religiosen)[3]) kennen, kann außer Betracht bleiben. Es ist nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechtes, die Erfüllung von Verpflichtungen der Geistlichen u. s. w. oder von religiösen Gelübden sicherzustellen. In Ansehung des erbrechtlichen Erwerbes solcher Personen wird das Einführungsgesetz bestimmen.

Fähigkeit im Zeitpunkte der Errichtung.

Im geltenden Rechte findet sich eine Entscheidung dahin, daß die Fähigkeit zur Errichtung der letztwilligen Verfügung nur in dem Zeitpunkte der Errichtung der Verfügung vorhanden sein müsse[4]). Damit soll wohl die Auffassung des gemeinen Rechtes abgewehrt werden, nach welcher die Verfügung, wenn der Verfügende die zur Erbeinsetzung nothwendige Rechtsfähigkeit verlor, ihre Gültigkeit einbüßte und nur durch die Wiedererlangung der Rechtsfähigkeit seitens des Verfügenden wiederauflebte.

Für den Entwurf, welcher nur eine auf natürlichen Gründen beruhende Unfähigkeit, letztwillig zu verfügen, kennt, ist eine solche Vorschrift selbstverständlich und daher entbehrlich. Wenn einzelne Vorschriften des Entwurfes (z. B. § 74 Abs. 3, §§ 89, 831, 1250) der für die Geschäftsfähigkeit maßgebenden Zeit gedenken, so beruht dies auf besonderen, hier nicht zutreffenden Gründen. Daß eine letztwillige Verfügung, welche von einer zur Errichtung nicht befugten Person errichtet ist, nicht dadurch gültig werden kann, daß die Person nachträglich diese Befugniß erlangt oder die Verfügung genehmigt, ergiebt sich aus den §§ 109, 110.

---

[1]) Windscheid § 539 Nr. 1 und 5; Brinz § 368 Anm. 8—10, 14; — vergl. aber auch preuß. A. L. R. I, 12 §§ 14, 15, 35, 197 nebst Verordn. v. 28. Februar 1811; österr. G. B. § 574.

[2]) Roth § 300 Anm. 54—61; Stobbe § 303 Anm. 14—16.

[3]) Preuß. A. L. R. II, 11 §§ 1199, 1206 ff.; österr. G. B. § 573; Roth § 300 Anm. 21—30; Stobbe § 303 Anm. 12, 13.

[4]) Windscheid § 563 Nr. 1, §§ 624, 639 Nr. 1; bayr. L. R. III, 3 § 3 Nr. 4; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 11—13, 30; österr. G. B. §§ 575, 576; sächs. G. B. § 2073; Mommsen § 53; hess. Entw. Art. 71.

Ob und wie dieser Grundsatz im Einführungsgesetze in Ansehung der bereits errichteten letztwilligen Verfügungen zum besonderen Ausdrucke zu bringen ist, kann hier dahingestellt bleiben.

§ 1913.

3. Unzulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente.

Nach dem Entwurfe kann eine letztwillige Verfügung nur von jedem Verfügenden für sich, also nicht mit Anderen gemeinschaftlich, errichtet werden.

Geltendes Recht.

Mit dem Entwurfe stimmen in dieser Beziehung überein der code civil Art. 968, 1097, der hess. Entw. Art. 83 und schon das revid. lüb. Stadtr. I, 6 § 2, II, 1 § 10. Unbedingt zugelassen wird das gemeinschaftliche Testament mehrerer Personen im gemeinen Rechte, in vielen Statutarrechten[1]) und im sächs. G. B. §§ 2199—2202, 2214. Das österr. G. B. §§ 583, 1248 läßt ein gemeinschaftliches Testament nur unter Ehegatten zu, ebenso das hamb. Recht (III, 1 Art. 17) und andere Rechte beschränkten Geltungsgebietes; Mommsen §§ 156—161, 168 folgt diesen, jedoch mit der Ausdehnung auf Verlobte. Das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 614—616 (vergl. II, 1 §§ 482—494) läßt ebenfalls nur wechselseitige Testamente unter Ehegatten zu, gedenkt aber ausschließlich der korrespektiven (bezw. reziproken) Testamente[2]).

Testamentum mere simultaneum.

Das lediglich gleichzeitige Testament (testamentum mere simultaneum) hat in Deutschland schon jetzt ein geringeres Geltungsgebiet. Es besteht auch kein Bedürfniß, die Benutzung einer gemeinschaftlichen Form zu gestatten, wenn die Verfügenden sich gegenseitig nicht bedenken wollen. Anders steht es mit wechselseitigen, reziproken und korrespektiven Testamenten.

Unzuträglichkeiten wechselseitiger Testamente.

Wird zunächst abgesehen von dem wechselseitigen Testamente der Ehegatten, so liegen die Unzuträglichkeiten eines wechselseitigen Testamentes auf der Hand. Nicht selten besteht eine erhebliche Schwierigkeit, den wirklichen Willen der Verfügenden zu ermitteln. Daneben ergiebt sich eine, wenigstens thatsächliche Beengung der freien Widerruflichkeit. Das Institut hält eine unklare Mitte zwischen Erbvertrag und Testament. Es ist wohl hierauf zurückzuführen, daß es zahlreiche Streitigkeiten und Prozesse zur Folge zu haben pflegt. Die Gesetzgebungen der neueren Zeit, welche für größere Gebiete bestimmt sind, haben das Institut, soweit es sich nicht um Ehegatten handelt, zumeist nicht übernommen.

Ablehnung von Ordnungsvorschriften.

Das Verbot eines gemeinschaftlichen Testamentes als eine einfache Ordnungsvorschrift aufzustellen, würde nicht genügen. In Ansehung der in ordentlicher Form errichteten Testamente würde damit zwar im Wesentlichen das gleiche Ergebniß erzielt werden, wie wenn an das Zuwiderhandeln gegen das Verbot die Nichtigkeit sich knüpft. Allein in der Aufstellung einer solchen Ordnungsvorschrift würde eine Neuerung liegen, da das geltende Recht wechselseitige Testamente nur frei zuläßt oder unbedingt verbietet. Abgesehen davon, steht einer solchen Regelung entgegen, daß bei den in außerordentlicher

---

1) Windscheid § 568; Brinz § 370 Nr. 3; Roth § 316 und Seuffert's Arch. 42 Nr. 308; bayr. L. R. III, 4 § 11 Nr. 1; württemb. Recht bei Stein § 64, u. s. w.

2) Vergl. Dernburg §§ 182, 183; Eccius § 257.

Form errichteten Testamenten Bequemlichkeit und Rechtsunkenntniß leicht zu einer gemeinschaftlichen Verfügung führen können. Soll das Verbot den erstrebten Zweck erreichen und das gemeinschaftliche Testament nicht eine unerwünschte Verbreitung finden, so muß auch das Gesetz mehr als eine bloße Ordnungsvorschrift geben.

Reziproke rc. Testamente in getrennten Urkunden.

Reziproke und sogar korrespektive Testamente in getrennten Akten oder Urkunden werden nicht ausgeschlossen. Solche Testamente unterliegen aber der Beurtheilung nach den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nach den Vorschriften über bedingte oder unter einer Voraussetzung erfolgte Zuwendungen, namentlich auch dann, wenn der überlebende Verfügende die Erbschaft des erstverstorbenen annimmt und demnächst seine Verfügungen aufhebt oder ändert. Sind zwei einfach reziproke Testamente errichtet worden, so ergeben sich in dieser Hinsicht besondere Schwierigkeiten nicht. Dasselbe gilt in der Hauptsache von korrespektiven Testamenten, welche lediglich den Inhalt haben, daß mehrere Personen sich gegenseitig unter der Voraussetzung oder unter der Bedingung als Erben einsetzen, daß die Einsetzung eine gegenseitige bleibe, mithin der Eingesetzte seine eigene Verfügung nicht ändere. Nimmt in einem solchen Falle der eine Theil seine letztwillige Verfügung bei Lebzeiten des anderen Theiles zurück, so wird auch die Verfügung des letzteren hinfällig, und zwar, wenn die Form der Bedingung gewählt ist, unmittelbar, falls aber eine Voraussetzung vorliegt, durch den Hinzutritt der Anfechtung. Im letzteren Falle kann die Vorschrift des § 1786 unter Umständen von Bedeutung werden. Ist die Verfügung von keinem Theile zurückgenommen und stirbt nun der eine Theil, so tritt die Verfügung des zuerst Verstorbenen in Kraft; das Testament des überlebenden Theiles wird, da der verstorbene Theil nicht Erbe werden kann, gegenstandslos; dieser Theil ist nunmehr unbehindert, anderweit zu verfügen.

Nicht so einfach liegt die Sache, wenn beide Personen nicht ausschließlich sich gegenseitig unter der Bedingung oder Voraussetzung des Nichtwiderrufes als Erben einsetzten, sondern eine jede von ihnen noch außerdem für den Fall ihres Ueberlebens Anordnungen zu Gunsten Dritter trifft und die Bedingung oder Voraussetzung sich auf den Fortbestand dieser Anordnungen des anderen Theiles erstreckt. Liegt ein solcher Fall vor und widerruft der eine Theil bei Lebzeiten des anderen Theiles seine Verfügung oder schlägt der überlebende Theil die Erbschaft des erstverstorbenen Theiles aus, so ergeben sich keine Schwierigkeiten. Hat aber der überlebende Theil die Erbschaft des erstverstorbenen Theiles angenommen und widerruft er demnächst, vielleicht erst nach langer Zeit, die von ihm zu Gunsten Dritter getroffenen Anordnungen, deren Aufrechterhaltung der erstverstorbene Theil zur Bedingung oder Voraussetzung seiner Verfügung gemacht hat, dann erheben sich Zweifel. Nach einer weitverbreiteten Ansicht, welche namentlich auch in das sächs. G. B. (§ 2214) übergegangen ist, wird in einem solchen Falle der Widerruf als unzulässig angesehen, indem davon ausgegangen wird, die Annahme der Erbschaft schließe den Verlust des Widerrufsrechtes in sich. Im preuß. A. L. R. (vergl. II, 1 §§ 492 ff.) wird in Ansehung des wechselseitigen Testamentes der Ehegatten bestimmt, der überlebende Theil dürfe

wenigstens von denjenigen seiner eigenen Verordnungen nicht wieder abgehen, in Rücksicht auf welche ihm der Verstorbene seinen Nachlaß oder das ihm Hinterlassene zugewendet hat[1]); es werden dabei Vermuthungen aufgestellt, in Ansehung welcher Anordnungen dies anzunehmen sei. Mommsen will zwar den Widerruf zulassen (§ 161), jedoch unbeschadet der Folgen, welche sich an die Nichterfüllung der Bedingung oder Voraussetzung der Verfügung des verstorbenen Theiles knüpfen.

Die ersterwähnte Ansicht hat offenbar Vorzüge, vor Allem den der Einfachheit; allein die Regelung ist eine rein positive. Eine solche Regelung steht im Widerspruche mit dem Wesen der letztwilligen Verfügung; sie durchbricht den Grundsatz des § 1754, daß auf den Widerruf nicht verzichtet werden kann. Das Testament erhält durch die Annahme des Zugewendeten die Wirkungen eines Erbvertrages. Erscheint dies schon wenig ansprechend, so kommt noch hinzu, daß damit ein Mittel geboten wird, absolute Vorschriften des Gesetzes zu umgehen. Eine Person, welche fähig ist, eine letztwillige Verfügung zu errichten, aber nach dem § 1942 einen Erbeinsetzungsvertrag zu schließen nicht befugt ist, kann durch Errichtung eines derartigen Testamentes, wenn die Annahme der Erbschaft des Vorverstorbenen hinzutritt, sich unwiderruflich binden oder gar durch die Erklärungen des gesetzlichen Vertreters (§ 2043) gebunden werden, während das Gesetz, weil es die Errichtung eines Erbeinsetzungsvertrages durch eine solche Person wegen dessen Unwiderruflichkeit für gefährlich erachtet, dieser Person die Fähigkeit, einen solchen Vertrag zu schließen, versagt. Ueberdies ist die Unwiderruflichkeit zweischneidig. Allerdings bietet sie die Gewähr, daß dem Willen des Verstorbenen Genüge geschieht. Allein der überlebende Theil kommt unter Umständen in eine unerträgliche Lage. Durch eine spätere Aenderung der Verhältnisse können die Anordnungen eine Bedeutung erlangen, welche nicht vorauszusehen war. Insbesondere können Verhältnisse eintreten, welche den Verstorbenen selbst, wenn sie ihm bekannt geworden wären, von der Aufrechterhaltung der Verfügung hätten Abstand nehmen lassen. Dem gegenüber verdient es den Vorzug, es bei den allgemeinen Grundsätzen zu belassen, obschon auch deren Folgen nicht einwandsfrei erscheinen. Steht nämlich die letztwillige Verfügung des überlebenden Theiles mit der des erstverstorbenen in einem solchen Zusammenhange, daß das Bestehenbleiben der ersteren die Voraussetzung der letzteren bildet, so unterliegt die letztere Verfügung der Anfechtung nach dem § 1781, wenn in Folge des Widerrufes des überlebenden Theiles seine (des überlebenden) letztwillige Verfügung wegfällt. Erfolgt die Anfechtung, so wird der überlebende Theil behandelt, wie wenn er nicht Erbe geworden wäre. Daß dies mit gewissen Uebelständen verbunden ist, läßt sich nicht in Abrede stellen. Allein diese Uebelstände sind Folge der Regelung des Anfechtungsrechtes und müssen als solche gegenüber den in der Begründung des § 1781 hervorgehobenen Gründen hingenommen werden. Auch kann nicht geleugnet werden, daß es in einem solchen Falle unter Umständen an einem Anfechtungsberechtigten fehlen wird, wenn nämlich der überlebende

---

[1]) Vergl. Eccius § 255 S. 518, 519; Dernburg § 184 Anm. 12 ff.

Theil allein anfechtungsberechtigt ist, z. B. weil er der einzige gesetzliche Erbe des Verstorbenen ist. Allein auch hierauf kann ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden. Es kann moralisch verwerflich sein, daß der überlebende Theil seine Rechtsstellung zu einem Verhalten benutzt, welches sich gegenüber dem Verstorbenen als ein Vertrauensmißbrauch darstellt. Dieser Umstand allein rechtfertigt es aber noch nicht, diese Folge durch eine gesetzliche nach anderer Richtung höchst bedenkliche Vorschrift abzuwenden.

Bildet der Fortbestand der letztwilligen Verfügung des überlebenden Theiles die Bedingung der Verfügung des verstorbenen Theiles, so fällt die Bedingung aus mit dem Wegfalle der ersteren Verfügung. Alsdann kommt die Vorschrift des § 1807 zur Anwendung. Soweit also der Verstorbene nicht für diesen Fall besonders vorgesorgt hat, hat der überlebende Theil die Erbschaft, in Ansehung deren er als Vorerbe anzusehen ist, an diejenigen als Nacherben auszuantworten, welche die gesetzlichen Erben des Verstorbenen sein würden, wenn der letztere zur Zeit des Eintrittes der Bedingung gestorben wäre. Nur diejenigen Schwierigkeiten ergeben sich, welche bei jeder Vor- und Nacherbschaft bestehen.

Freilich wird durch diese Folgen des Widerrufes seitens des überlebenden Theiles unter Umständen der Dritte, welcher die ihm von dem Verstorbenen zugedachte Zuwendung verliert, hart betroffen. Allein er wird dies als ein Ergebniß der Verfügung des Verstorbenen hinzunehmen haben. Dem Verstorbenen stand es zu, die Durchführung seiner letztwilligen Verfügung in anderer Weise zu sichern und der Entziehung vorzubeugen. Insbesondere konnte er entweder einen Erbeinsetzungsvertrag schließen oder die Verpflichtung, welche in Frage steht, dem anderen Theile durch Anordnung eines Vermächtnisses auferlegen. In letzterer Hinsicht besteht allerdings die Schranke des § 1881; der Beschwerte kann nicht über das ihm Zugewendete hinaus belastet werden. Diese Beschränkung wird jedoch in der Regel ohne Einfluß sein. Soweit die Beschränkung aber im einzelnen Falle von Belang wird, erscheint sie aus den Gründen, auf welchen der § 1881 beruht, völlig angemessen.

Unzulässigkeit gemeinschaftlicher Testamente der Ehegatten.

Die Gründe, aus welchen besondere Vorschriften über reziproke und korrespektive Testamente nicht aufgenommen sind, treffen nicht minder in Ansehung der reziproken und korrespektiven Zuwendungen seitens des einen Ehegatten an den anderen Ehegatten zu. Dieselben treten in Ansehung dieser ganz besonders hervor, wenn etwa eine sehr jugendliche Ehefrau eine derartige letztwillige Verfügung errichtet hat und durch die Nichtausschlagung der Erbschaft seitens ihres gesetzlichen Vertreters gebunden und des Widerrufsrechtes beraubt werden könnte.

Mit Rücksicht hierauf ist der Vorschrift des § 1913 eine Ausnahme zu Gunsten wechselseitiger letztwilliger Verfügungen der Ehegatten nicht beigefügt, zumal das geltende Recht solchen Verfügungen, soweit es sie zuläßt, weitergehende Wirkungen beilegt.

Bei der weiten Verbreitung gemeinschaftlicher Testamente in Deutschland wird deren Beseitigung während der ersten Zeit des Bestehens eines neuen Gesetzbuches als eine Beengung vielfach empfunden werden. Allein die Rechtsentwickelung, welche solche Testamente begünstigt hat, kann nur als eine

abwegige bezeichnet werden. Auch sind solche gemeinschaftliche Testamente, wie die Erfahrung gelehrt hat, von schweren Uebelständen begleitet gewesen. Abgesehen davon, daß sie von jeher eine Quelle von Rechtsstreitigkeiten gebildet haben, ist vielfach schon der Umstand, daß die letztwilligen Verfügungen des überlebenden Ehegatten der Oeffentlichkeit nicht entzogen werden konnten, als ein Uebel empfunden worden. Aufgabe einer neuen Gesetzgebung ist es, die Betretung des rechten Weges anzubahnen. Als solcher stellt sich in den dazu angethanen Fällen die Benutzung des Erbeinsetzungsvertrages dar, welcher eine weit einfachere und klarere Rechtslage schafft. Der Erbeinsetzungsvertrag in der ihm von dem Entwurfe gegebenen Gestalt genügt in dieser Beziehung allen Anforderungen, zumal der § 1958 den vertragsmäßigen Vorbehalt des Rücktrittes zuläßt.

§§ 1914—1924.

II. Errichtung A. in ordentlicher Form.

Das Testament ist einer der wichtigsten Akte, schon weil ein ganzes Vermögen dessen Gegenstand bildet oder bilden kann, vor Allem aber, weil dadurch die Familie des Verfügenden, das Interesse Dritter und der Verkehr im Allgemeinen betroffen werden. Daraus ergiebt sich von selbst die Nothwendigkeit formaler Schutzmittel. Im geltenden Rechte wird deshalb durchweg eine besondere Form als Merkmal des Aktes vorgeschrieben. Da in der Regel das Testament erst nach dem Tode des Erblassers bekannt wird und die Wirksamkeit des Testamentes sich auf die Zeit nach dem Tode des Erblassers erstreckt, so ist es die Aufgabe des Entwurfes, solche Formen vorzuschreiben, welche geeignet sind, Formfehler zu verhüten und den Inhalt des Aktes sicher zu stellen. Denn etwaige Formfehler können nicht mehr verbessert werden und über den Inhalt des Aktes ist von demjenigen, welcher den Akt errichtete, kein Aufschluß mehr zu erlangen, weil zu der Zeit, auf welche die Wirksamkeit des Aktes sich erstreckt, der Mund des Verfügenden sich für immer geschlossen hat. Zugleich ist darauf Bedacht zu nehmen, möglichst eine Gefährdung der Sicherheit zu verhüten, also zu sorgen, daß der Akt selbst gesichert wird und daß dem Verfügenden ermöglicht wird, unbeeinflußt von der Einwirkung Betheiligter, seinen Willen zu erklären (vergl. Mommsen's Mot. S. 183 ff.; Binding im civil. Archiv Bd. 58 S. 195 ff.; Bruns in v. Holtzendorff's Encyklopädie I S. 367 ff.).

Formerforderniß.

Privattestament,

Von diesen Gesichtspunkten aus verwirft der Entwurf sowohl das Privattestament als auch das testamentum holographum, und zwar das erste ebenso in der rein mündlichen Form wie in der schriftlichen Form.

in mündlicher Form,

Das Privattestament in mündlicher Form, also ohne jedes Niederschreiben, besteht im gemeinen Rechte[1]) und einer Anzahl der diesem folgenden Statuten, auch zum Theil noch in Bayern[2]), nach dem österr. G. B. §§ 577, 584 bis 586 und nach dem sächs. G. B. §§ 2100—2103, 2106. Ein solches Testament genügt nicht den im Eingange aufgestellten Anforderungen. Dagegen spricht

[1]) Windscheid § 541; Brinz § 169 Anm. 7; Stobbe § 304 Anm. 18—21.

[2]) Nach Roth § 301 Anm. 8, § 303 Anm. 30—37, § 304 I.

schon, daß die Erklärung des Verfügenden nicht selten der nöthigen Präzision ermangelt, wie sie sich erst bei der Niederschrift ergeben wird. Zudem kann die Auffassung der Zeugen eine sehr verschiedene sein, und fehlt jede Kontrole dieser Auffassung seitens des Erblassers. Die dem Gedächtnisse weniger Personen anvertraute Aufbewahrung des Erklärten ist allen Gefahren ausgesetzt, welchen der Mensch, sein Dasein und seine Erinnerung unterliegt. Selbst bei einem ganz einfachen Inhalte ist das Gewollte nach einiger Zeit nur mit Mühe und kaum mit Sicherheit festzustellen.

in schriftlicher Form,

Häufiger angewendet wird in Deutschland das schriftliche Privattestament, welches sich mit einigen Abweichungen in Einzelheiten außer im gemeinen Rechte[1]) und den dem gemeinen Rechte folgenden Statutarrechten, auch in Bayern[2]), in Lübeck (Ges. v. 9. Dezember 1865 Art. 7), im österr. G. B. §§ 577, 579—581, im sächs. G. B. §§ 2100—2105 und anderen Rechten findet. Aber auch ein solches Testament genügt nicht den Anforderungen, welche im Eingange hervorgehoben sind. Zwar macht sich der Mangel hinlänglicher Rechtskenntnisse des Verfügenden nicht minder bei dem öffentlichen Testamente geltend, wenn ein Schriftstück verschlossen übergeben werden darf. Dieser Grund kann also nicht allein entscheidend sein. Indessen steht der Aufnahme des schriftlichen Privattestamentes entgegen, daß es an jeder Sicherheit für die Aufbewahrung der Urkunde fehlt, und ferner, daß für die Beobachtung der Förmlichkeiten eine größere Rechtskenntniß und Geschäftsgewandtheit erfordert wird, als zumeist sich vorfindet. Völlig ermangelt aber der Schutz, daß der Wille frei und unbeeinflußt erklärt ist.

testamentum holographum.

Die Bedenken, welche dem schriftlichen Privattestamente gegenüber hervorgehoben sind, erheben sich in noch verstärktem Maße gegen das durch eigenhändige Niederschrift, aber ohne Zeugenzuziehung errichtete Privattestament (testamentum holographum), welches im Gebiete des code civil Art. 969, 970, 1001, des bad. L. R. und des österr. G. B. §§ 577, 578 zugelassen ist[3]).

Zwar gewährt diese Testamentsform den Vorzug, daß das Geheimniß des Verfügenden am besten gewahrt wird. Allein es steht noch außerdem entgegen, daß jedes sichere Kennzeichen fehlt, um den vorläufigen Entwurf von dem wirklich maßgebenden Verfügungsakte zu unterscheiden, und daß die Gefahr der Unterschiebung falscher sowie der Fälschung oder Unterdrückung wirklicher echter Testamente eine nicht geringe ist.

Oeffentliche Form.

Der Entwurf läßt daher, von den Ausnahmefällen der §§ 1927, 1929, 1931 abgesehen, nur Testamente in öffentlicher Form zu.

Ausschließung gewisser Formen.

Zu den Testamenten in öffentlicher Form werden im geltenden Rechte einige Arten gerechnet, welche der Entwurf ebenfalls nicht anerkennt. Hierher gehören:

Testamentum principi oblatum;

a) das testamentum principi oblatum. Dasselbe ist zugelassen im gemeinen Rechte[4]), im bayr. L. R. III, 2 § 3, in verschiedenen Rechten

---

1) Windscheid § 541; Brinz § 369 I; Stobbe § 304 Anm. 22, 23.
2) Roth § 302 Anm. 2, § 303 Anm. 38 ff.
3) Stobbe § 304 Anm. 24.
4) Windscheid § 545 Anm. 9; Brinz § 369 Anm. 33; Stobbe § 304 Anm. 14.

beschränkten Geltungsgebietes[1]) und im preuß. A. L. R. I, 12 § 175. Der Entwurf hat von demselben um so mehr abgesehen, als von dieser Form da, wo sie besteht, kein Gebrauch gemacht zu werden pflegt. Wegen der Landesherren, der Mitglieder landesherrlicher Familien, sowie der fürstlichen Familie Hohenzollern wird im Einführungsgesetze bestimmt werden.

vor dem Pfarrer und Zeugen;

b) Die nach kanonischem Rechte zulässige Form der Errichtung vor dem Pfarrer und zwei Zeugen.

Diese Form hat gemeinrechtlich keine Geltung[2]). Sie findet sich vereinzelt im bamb. L. R. S. 52 ff., und anderen Rechten[3]). Für Bayern ist ihre Geltung bezweifelt[4]) (vergl. aber Bl. f. R. A. 19, S. 315; 38, S. 490; 41, S. 64; 42, S. 15). Ein Bedürfniß, diese Form zuzulassen, kann um so weniger behauptet werden, als deren Geltungsgebiet ein nur beschränktes ist.

vor Gemeindebeamten.

c) Das Testament vor Gemeindebeamten (Rathmannen, Herren des Rathes 2c.). Dasselbe findet sich vereinzelt in Rechten, welche für kleinere Gebiete Geltung haben[5]). Dasselbe als ordentliche Testamentsform zuzulassen, besteht gleichfalls kein Bedürfniß, soweit nicht, wie in Württemberg (Stein § 52), die Gemeindebehörden als Ortsgerichte die ordentlichen Organe für nichtstreitige Rechtspflege sind. In dieser Hinsicht wird das Einführungsgesetz bestimmen.

Als ordentliche Testamentsformen kommen hiernach nur in Betracht gerichtliche oder notarielle Testamente.

Gerichtliches Testament.

Das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 66 ff. kennt als ordentliche Form ausschließlich die gerichtliche Form. Viele der in Bayern geltenden Statutarrechte kannten ebenfalls die gerichtliche Form, im diesrheinischen Bayern sind aber durchweg an die Stelle der Gerichte die Notare getreten nach Inhalt des Notariatsges. vom 10. November 1861[6]). Auch das gemeine Recht kennt das Testament durch Erklärung vor Gericht[7]). Gerichtliche Form findet sich weiter im württemb. Recht (Stein §§ 48 ff.), im sächs. G. B. §§ 2092 ff., in den meisten thüring. Rechten, in Hamburg, Ges. v. 21. Dezember 1868 § 4, im österr. G. B. §§ 587 ff., in den Entwürfen von Hessen Art. 85 ff., Mommsen §§ 69—77, und neuestens in dem preuß. Ges. v. 28. Juni 1886 für den Bezirk des Oberlandesgerichtes zu Frankfurt a. M.

---

[1]) Roth § 301 Anm. 12.

[2]) Roth § 301 Anm. 15; für Braunschweig Steinacker S. 637 Anm. 11; Stobbe § 304 Anm. 15, 16.

[3]) Vergl. Bamberg, rudolst. Recht § 150 Nr. 2; Paulsen §§ 202, 203, Esmarch §§ 44, 47; für Parchim Seuffert's Arch. 17 Nr. 149.

[4]) Roth § 301 Anm. 22.

[5]) Z. B. in Bremen; in einigen schlesw. holst. Statuten, Paulsen § 202; in einigen waldeck. Städten, Verordn. v. 20. Mai 1831 § 2; in Rostock; in einigen bayr. Statuten, Roth § 301 Anm. 14; in der lüb. Reform. v. 1586 II, 1 Art. 2; in einigen Theilen des hamb. Gebietes, Ges. v. 21. Dezember 1868 § 4, Ges. v. 30. Dezember 1873 § 21, Stobbe § 304 Anm. 13.

[6]) Roth § 301 Anm. 17—19, § 302 Anm. 2.

[7] Windscheid § 545 Anm. 1; Brinz § 369 Anm. 32; Stobbe § 304 Anm. 6—8.

Die gerichtliche Form ist ausgeschlossen im Bezirke des code civil und des bad. L. R., sowie in Bayern nach dem jetzt geltenden Rechte.

Notarielles Testament.

Das notarielle Testament besteht als ausschließliche Form des öffentlichen Testamentes in Bayern, Rheinpreußen, Rheinhessen, Elsaß-Lothringen, Birkenfeld und in Baden. Neben der gerichtlichen oder sonstigen amtlichen Form besteht das notarielle Testament theils auf Grund des gemeinen Rechtes und der Reichs-Notariatsordn. von 1512, theils auf Grund besonderer Gesetze in Schleswig-Holstein (Verordn. v. 4. Februar 1854 und 30. August 1859), in Neuvorpommern und Rügen, in ostrheinischen Theilen des Regierungsbezirkes Koblenz, im ehemaligen Kurfürstenthume Hessen, in Frankfurt a. M., in beiden Mecklenburg nach v. Kamptz § 215 Nr. 2, in Braunschweig (Notar. O. v. 19. März 1850), in verschiedenen thüring. Staaten (Sachsen-Coburg-Gotha, Sachsen-Altenburg, Reuß ältere und jüngere Linie), in Lübeck (Notar. O. v. 10. Oktober 1838 und Ges. v. 9. Dezember 1865), in Hamburg (Notar. O. v. 29. Juni 1883), in Württemberg (Notar. O. v. 25. Oktober 1808, Ges. v. 14. Juni 1843, vergl. Stein §§ 56 ff.), im ehemaligen Hannover (Notar. O. v. 18. September 1853 §§ 9, 10, Ges. v. 28. Dezember 1821 § 2 Nr. 2, Grefe § 138 II), in Lauenburg (Ges. v. 4. Dezember 1869 § 15 Nr. I, 5, Ges. v. 6. Juli 1870) und in Anhalt (Notar. O. v. 11. April 1877)[1].

Notarielles und gerichtliches Testament neben einander.

Aber auch das sächs. G. B. § 2108 läßt das notarielle Testament als ordentliche Form zu (vergl. Notar. O. v. 3. Juni 1859 mit Nachträgen v. 9. April 1872 und 19. April 1886); ebenso Mommsen in den §§ 69 ff. Notare dürfen Testamente in ordentlicher Form nicht aufnehmen in den nichterwähnten Theilen von Preußen im Gebiete des A. L. R., in Sachsen-Meiningen, Bremen (Notar. O. v. 16. November 1880), und in einem kleinen Gebiete von Rheinpreußen (Altenwied und Neuerburg). Soviel ermittelt, sind zur Zeit Notare nicht vorhanden in den großherzogl. hessischen Provinzen Starkenburg und Oberhessen, in Sachsen-Weimar-Eisenach, in Oldenburg, in Schwarzburg-Rudolstadt, in beiden Fürstenthümern Lippe und im Fürstenthume Waldeck[2].

Entwurf.

Der Entwurf sieht sich bei der Lage der Dinge weder im Stande, das notarielle Testament zu beseitigen noch dasselbe ausschließlich zuzulassen. Er beruht aber auf der Annahme, daß das Einführungsgesetz eine Bestimmung enthalten wird, nach welcher den Landesgesetzen vorbehalten bleibt, zu bestimmen, daß innerhalb ihres Gebietes die Beurkundung nur durch die Gerichte oder nur durch Notare zu erfolgen habe; jedoch sollen sie nicht bestimmen dürfen, daß weder vor Gerichten noch vor Notaren Testamente in ordentlicher Form errichtet werden können.

Die Verfahrensvorschriften des Entwurfes sind nicht erschöpfend und können bei Lage der Dinge nicht erschöpfend sein, da zur Zeit eine Reichs-Notariatsordnung nicht besteht, auch nach dem Inhalte der Reichsverfassung

---

[1] Stobbe § 304 Anm. 10, 11.

[2] Das letztere ist nicht ohne Zweifel, vergl. waldeck. Verordn. v. 6. Oktober 1868 und Terminkalender für Notare 1888 S. 98, jedenfalls ist in dem Jahrb. der preuß. Gerichtsverfassung für Waldeck ein Notar nicht aufgeführt.

(Art. 4 Nr. 12) dahingestellt bleiben muß, ob ein solches Gesetz zu Stande kommt. Der Entwurf hat jedoch sich angelegen sein lassen, alle wesentlichen Vorschriften aufzunehmen. Ueber die Bedeutung der landesgesetzlichen Vorschriften vergl. § 1924 und das Einführungsgesetz.

§ 1914.

1. Gerichtliche oder notarielle Form.

Der § 1914 bringt die S. 257 ff. erörterten Gedanken zum Ausdrucke, indem als ordentliche Form Errichtung in gerichtlicher oder notarieller Form bestimmt wird. Die Fassung „in gerichtlicher oder notarieller Form errichtet werden" entspricht der Fassung der §§ 58, 350 Abs. 2, §§ 440, 1212, 1335, 1390, 1393, 1437, 1591. Sie erübrigt, auszusprechen, daß die Errichtung vor Gericht nicht an die ordentliche Gerichtsstelle gebunden ist. Wenn der § 1616 in Ansehung des Vertrages über die Annahme an Kindesstatt anders gefaßt ist, so sollte dort zum Ausdrucke gelangen, daß die Erklärung der Vertragschließenden bei gleichzeitiger Anwesenheit vor Gericht oder Notar zu erfolgen hat.

Eines besonderen Ausdruckes bedarf es nicht, daß die vor Notaren innerhalb ihres Wirkungskreises errichteten Testamente den gerichtlich errichteten gleichstehen. In einzelnen Notariatsordnungen finden sich Vorschriften dieses Inhaltes; denselben dürfte der Zweck zu Grunde liegen, den notariellen Urkunden dieselbe Beweiskraft zu sichern wie den gerichtlichen Urkunden. Allein diese Gleichstellung ist bereits durch den § 380 der C. P. O. reichsgesetzlich festgestellt; zudem handelt es sich hier nicht um die Beweiskraft. Wird darauf gesehen, daß in einzelnen gemeinrechtlichen Gebieten den notariellen Testamenten nicht die gleiche Kraft beigelegt wird wie den gerichtlichen (wohl im Anschlusse an die Reichs-Notariatsordn. von 1512), so kann nach dem § 1914 und den folgenden Vorschriften kein Zweifel obwalten, daß dem Entwurfe eine solche Auffassung fern liegt. Ueber die sonstige Rechtsstellung der Notare zu bestimmen, ist nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechtes.

§ 1915.

2. Erfordernisse im Einzelnen. a) Mitwirkende Personen.

Welche Personen bei Errichtung des Testamentes in gerichtlicher Form zugezogen werden müssen, bestimmt der erste Absatz. Ueber die Zuständigkeit ist den Landesgesetzen die nähere Bestimmung offen gehalten (vergl. die Anm. zum § 1924). Indem die Errichtung „vor einem Richter" vorgeschrieben wird, ist das Testiren vor versammeltem Gerichte, einem Richterkollegium als solchem, ausgeschlossen.

Protokollführer;

Die Mehrzahl der Rechte verlangt die Zuziehung eines vereideten Protokollführers, vergl. z. B. preuß. A. L. R. I, 12 § 82; Allh. Kab. O. v. 24. März 1839; österr. G. B. § 589; sächs. G. B. § 2093; bayr. L. R. III, 4 § 2 Nr. 6, 7; hess. Entw. Art. 86 Abs. 2; Mommsen § 60 Abs. 2. Dem vereideten Protokollführer entspricht bei der gegenwärtigen Einrichtung der Behörden der Gerichtsschreiber im Sinne des G. V. G. (§ 154). Allerdings ist derselbe nach Reichsrecht nur mit Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit

betraut. Allein in wohl allen Staaten wird derselbe auch in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, soweit solche den Gerichten übertragen sind, thätig. Deshalb ist es für angemessen erachtet, den Gerichtsschreiber als die Person zu bezeichnen, welche zur Testamentserrichtung zugezogen werden kann, obwohl es sich, streng genommen, um eine dem Landesrechte unterstehende Frage des Behördenorganismus in Ansehung der freiwilligen Gerichtsbarkeit handelt.

Schon das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 83, 84 bestimmt, daß an Stelle des Protokollführers zwei vereidete Schöppen und, falls beständige Gerichtsschöppen nicht vorhanden sind, in schleunigen und dringenden Fällen andere, welche lediglich zu dieser Handlung vereidet werden, zugezogen werden können. Nach dem Ges. v. 3. März 1879 § 9 Abs. 2, 3 kann in Preußen die Vertretung eines behinderten Gerichtsschreibers für einzelne dringende Fälle durch eine jede von dem Richter berufene Person erfolgen, welche den allgemeinen Diensteid geleistet hat, oder dahin beeidigt ist, daß sie die Pflichten eines Gerichtsschreibers getreulich erfüllen wolle. Nach dem österr. G. B. § 589 kann die zweite Gerichtsperson durch zwei Zeugen vertreten werden.

Die Einrichtung, wie sie in Preußen das Ges. v. 3. März 1879 getroffen hat, besteht nicht überall, — und selbst bei dieser Gestaltung ist nicht ausgeschlossen, daß die Errichtung des Testamentes, wenn nicht zugelassen wird, daß der Gerichtsschreiber durch Zeugen ersetzt werde, unmöglich wird, weil eine zu der Funktion als Gerichtsschreiber geeignete Person sich nicht alsbald findet oder zu der Mühewaltung nicht bereit ist. Der Entwurf läßt deshalb zu, daß statt des Gerichtsschreibers zwei Zeugen zugezogen werden.

Als Urkundsperson Angestellte.

Endlich trägt der Entwurf der in einzelnen Staaten, namentlich in Sachsen, bestehenden Einrichtung Rechnung, nach welcher die Zuziehung einer der dort in jedem Orte unter dem Namen „Gerichtsschöppe“ oder „Gerichtsbeisitzer“ als Urkundspersonen angestellten Personen an Stelle des Protokollführers genügt (zu vergl. sächs. G. B. § 2093; Mommsen § 60 Abs. 2). Das sächs. G. B. geht davon aus, daß in einem solchen Falle das Amt des Richters und des Protokollführers in einer Person vereinigt seien, daß also der Richter selbst das Protokoll führt.

Daß eine solche Person zugezogen werden kann (Satz 3), erscheint angemessen, da kein Grund vorliegt, der mit der Behördenorganisation im Zusammenhange stehenden Einrichtung entgegenzutreten. Da es jedoch in anderen Staaten an einer entsprechenden Einrichtung fehlt, so genügt ein Vorbehalt für das Landesrecht.

Notar an Stelle des Gerichtsschreibers.

Nicht zugelassen werden kann, daß statt des Gerichtsschreibers ein Notar zugezogen werde. An einem Bedürfnisse hierzu fehlt es und die Zulassung würde insofern nicht unbedenklich sein, als, wenn dies gestattet würde, leicht Zweifel entstehen könnten, wer der verhandelnde Beamte sei.

Der Entwurf schreibt nicht vor, daß der als Gerichtsschreiber zugezogene Beamte das Protokoll selbständig aufzunehmen habe. Dem Richter bleibt unbenommen, das Protokoll zu diktiren oder sogar selbst zu schreiben.

Notarielle Form.

Für die Errichtung in notarieller Form wird bestimmt, daß ein zweiter Notar oder zwei Zeugen von dem verhandelnden Notare zuzuziehen seien (Abs. 2),

im Wesentlichen übereinstimmend mit den Rechten, in welchen das notarielle Testament in neuerer Zeit zugelassen ist. Die braunschw. Notar. O. § 18 erfordert noch die Mitwirkung von vier Zeugen oder von zwei Notaren und zwei Zeugen. Ebenso der code civil Art. 971 ff. Das gemeine Recht und alle älteren Gesetze verlangen eine größere Zahl der Mitwirkenden[1]). Die Zuziehung eines Richters an Stelle des zweiten Notares zu gestatten, erscheint aus denselben Gründen bedenklich, aus welchen für das gerichtliche Testament die Zuziehung eines Notares nicht zugelassen ist.

Anwesenheit während der Verhandlung.

Die in Gemäßheit der Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes zugezogenen Personen müssen während der ganzen Verhandlung anwesend sein (Abs. 3). Es genügt also nicht, daß die zugezogenen Personen bei der Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung des Protokolles gegenwärtig sind. Die zugezogenen Personen haben zugleich die Aufgabe, falls später Streitigkeiten entstehen, über Vorgänge bei der Errichtung und darüber, daß das als Wille des Verfügenden Niedergeschriebene von dem Verfügenden wirklich erklärt ist, Auskunft zu geben. In ersterer Beziehung wird insbesondere die Dispositionsfähigkeit des Verfügenden in Frage kommen können. Es besteht auch kein Anlaß, in dieser Hinsicht zwischen dem Gerichtsschreiber oder dem zweiten Notare, deren Anwesenheit selbstverständlich erfordert werden müßte, und den diese ersetzenden Zeugen oder anderen Urkundspersonen zu unterscheiden. Das Gleiche ist von vielen Gesetzen vorgeschrieben und entspricht wohl im Wesentlichen dem geltenden Rechte. Der Entwurf hat von diesem Erfordernisse nicht Umgang nehmen können, obschon nicht verkannt ist, daß in der Aufstellung von Vorschriften, deren Nichtbeobachtung die Nichtigkeit einer letztwilligen Verfügung nach sich zieht, thunlichst Maß zu halten ist.

§ 1916.

Verhältniß zum Verfügenden.

Daß gewisse Personen in Rücksicht auf ihr Verhältniß zu dem Verfügenden nicht mitwirken können, bestimmt der § 1916.

Absolute Hinderungsgründe.

Als absolute Hinderungsgründe, d. h. als Gründe, deren Nichtbeachtung die Nichtigkeit der ganzen letztwilligen Verfügung zur Folge hat, werden nur bezeichnet: der Umstand, daß eine der genannten Personen der Ehegatte des Verfügenden ist oder war, also auch wenn die Ehe nicht mehr besteht, und ferner nahe Verwandtschaft oder Schwägerschaft mit dem Verfügenden, nämlich in gerader Linie oder im zweiten Grade in der Seitenlinie. Die Fassung der letzteren Entscheidung, welche auffallend erscheinen kann, ist dadurch geboten, daß alle Verwandten der geraden Linie auszuschließen sind.

Mitwirkung des Verfügenden.

Nicht erwähnt ist als selbstverständlich, daß der Verfügende bei der Errichtung seiner letztwilligen Verfügung nicht selbst zugleich als Richter oder Notar u. s. w. mitwirken kann. Wenn im § 1245 Abs. 2 bestimmt ist, daß der Standesbeamte bei Schließung seiner eigenen Ehe nicht mitwirken könne, so liegt darin kein Grund, eine entsprechende Vorschrift hier aufzunehmen. Der Fall des § 1245 unterscheidet sich wesentlich von dem hier

[1]) Z. B. das württemb. Recht, Stein §§ 52 ff.

zu regelnden Falle. Ebensowenig kann ein Bedenken daraus entnommen werden, daß die C. P. O. im § 41 Nr. 1 für erforderlich gehalten hat, zu bestimmen, daß ein Richter nicht in eigener Angelegenheit das Richteramt ausüben kann. Die letztere Vorschrift ist offenbar nur aufgenommen, um daran anzuschließen, daß das Gleiche gilt, wenn der Richter Mitberechtigter oder Mitverpflichteter einer Partei oder dieser gegenüber regreßpflichtig ist.

Ehegatte des Verfügenden.

In Ansehung des Ehegatten stimmt die Vorschrift mit fast allen geltenden Rechten überein (vergl. § 41 Nr. 2 der C. P. O.; § 22 Nr. 2 der Str. P. O.; § 156 I, 2 und II, 2 des G. V. G.)[1]).

Schwägerschaft.

In Ansehung der Schwägerschaft stimmt der Entwurf mit dem § 41 Nr. 3 der C. P. O., dem § 22 Nr. 3 der Str. P. O. und dem § 156 I, 3, II, 3 des G. V. G. überein. Der Zusatz „auch wenn die Ehe nicht mehr besteht" ist wegen des § 33 entbehrlich. In Ansehung der Verwandtschaft weicht der Entwurf insofern von den vorbezeichneten Reichsgesetzen ab, als er den Hinderungsgrund in der Seitenlinie bis auf den zweiten Grad beschränkt. Dies erscheint ausreichend. Für die Testamentserrichtung geht es über das Bedürfniß hinaus, denjenigen Personen die Mitwirkung zu versagen, welche mit dem Verfügenden im dritten Grade verwandt sind. Der Ausschluß dieser Personen ist weder im Interesse der Wahrung der Integrität des Beamtenstandes noch zur Vermeidung einer Beeinflussung erforderlich. Eine Beeinflussung durch solche Personen ist nicht zu befürchten.

Verwandtschaft.

Uneigentliche Schwägerschaft.

Die rheinpreuß. Notar. O. v. 25. April 1822 Art. 19, 20 und das franz. sog. Ventôse-Ges. Art. 8 gedenken auch der uneigentlichen Schwägerschaft, d. h. der Schwäger der Frau des Notares, die hannov. Notar. O. v. 18. September 1853 § 27 und die sächs. Notar. O. § 11 der Verlobten. So weit zu gehen, besteht kein hinreichender Anlaß.

Annahme an Kindesstatt.

Die durch Annahme an Kindesstatt begründete Verwandtschaft bedarf einer Erwähnung nicht. Abgesehen von der Eheschließung, für welche etwas Besonderes gilt (vergl. § 1240 verb. mit dem § 1236), hat auch der Entwurf auf diese Verwandtschaft nicht besonders Bezug genommen (vergl. § 27 Abs. 2, §§ 1480, 1483 Abs. 1, §§ 1485, 1638 Abs. 1, §§ 1651 Nr. 1, 4, 1657, 1678, 1713, 1715 Abs. 2, § 1716 Abs. 2 Nr. 3). Zwar setzt der Begriff der Verwandtschaft — wenn von dem Verhältnisse des unehelichen Kindes zu der Mutter und deren Verwandten abgesehen wird — eheliche Abstammung nach Maßgabe des § 1466 voraus. Allein es genügt § 1601 Abs. 1. Danach erlangt der Angenommene durch die Annahme an Kindesstatt die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes des Annehmenden, soweit nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergiebt. Von den durch Annahme an Kindesstatt verbundenen Personen gilt daher innerhalb der durch den § 1620 gezogenen Grenzen das Gleiche wie von den auf Grund des § 1466 verbundenen Personen.

[1]) Es sollen im Wesentlichen nur die Abweichungen von den sog. Reichsjustizgesetzen erwähnt und gerechtfertigt werden. — Wegen des preuß. A. L. R. vergl. Gruchot, Beitr. Bd. 27 S. 673, 674.

Der zweite Absatz regelt die Ausschließung von der Mitwirkung durch den Umstand, daß die mitwirkende Person selbst bedacht oder zum Testamentsvollstrecker ernannt werden soll, oder daß in gleicher Weise Jemand bedacht oder ernannt werden soll, der mit einem Mitwirkenden in einem der im ersten Absatze unter Nr. 1, 2 bezeichneten Verhältnisse steht. Die Nichtbefolgung dieses Verbotes soll jedoch nur in beschränkter Weise wirken; es wird nur die betreffende Zuwendung an den Bedachten oder die Ernennung als Vollstrecker für unwirksam erklärt. Einige Rechte behandeln diese Fälle als Fälle der Erwerbsunfähigkeit (vergl. S. 15)[1]. Die Beschränkung, welche bestimmt ist, erscheint angemessen und genügend. Die Ausdehnung der Beschränkung auf Personen, welche mit dem Ehegatten des Bedachten in der im Abs. 1 Nr. 2 bezeichneten Art verwandt oder verschwägert sind, ist nicht erforderlich. Ein Verstoß in dieser Richtung kann leicht vorkommen, da solche Familienbeziehungen nicht immer den entfernter Stehenden bekannt sind; es wäre hart, daran die Nichtigkeit der Zuwendung zu knüpfen.

Unwirksamkeit gewisser Anordnungen.

Das preuß. A. L. R. beschränkt seine betreffenden Vorschriften auf den Fall des mündlichen Testamentes[2]), giebt auch besondere Vorschriften, in welcher Weise mitwirkenden Personen ein Vermächtniß wirksam zugewendet werden kann (I, 12 §§ 136, 137). Das letztere zu bestimmen, besteht kein Bedürfniß. In Ansehung des verschlossen übergebenen Testamentes läßt sich für eine Beschränkung der Vorschrift Manches geltend machen, insbesondere, daß es die Zuverlässigkeit der Beurkundung nicht beeinträchtigen kann, wenn in der verschlossen übergebenen Urkunde Anordnungen zu Gunsten des Mitwirkenden oder gar seiner Verwandten enthalten sind, von welchen dieser vielleicht selbst keine Kenntniß hat. Indessen wäre eine solche Unterscheidung der einzelnen Errichtungsarten mißlich; auch kann der Umstand, daß die Urkunde verschlossen übergeben wird, allein nicht genügen, um den Mangel der Kenntniß von deren Inhalte darzuthun.

Verschlossen übergebenes Testament.

Die Ernennung zum Testamentsvollstrecker ist der Bedenkung gleichgestellt; innere Gründe, in dieser Hinsicht zu unterscheiden, sind nicht vorhanden. Die Gleichstellung muß erfolgen, ohne Rücksicht darauf, ob der Ernannte als Vollstrecker besonders bedacht ist. Der Vollstrecker hat nach dem § 1909 Anspruch auf eine angemessene Vergütung für seine Geschäftsbesorgung. Die Vergütung kann unter Umständen zu einer sehr hohen werden. In der Aussicht auf dieselbe liegt möglicherweise ein bedenklicher Anreiz, die Ernennung zum Vollstrecker in eigennützigem Interesse anzustreben. Selbst wenn der Erblasser eine Vergütung ausgeschlossen hat, kann das Amt des Vollstreckers und das Vertrauen, welches sich in der Uebertragung eines solchen Amtes zu erkennen giebt, ein wichtiges Verfügungsrecht und dadurch zugleich eine Stellung gewähren, welche bedeutsamer ist, als ein vielleicht nicht erhebliches Vermächtniß. Freilich ist nicht selten der zum Testamentsvollstrecker Ernannte in Wirklichkeit

Ernennung zum Vollstrecker.

---

[1]) Sächs. G. B. § 2076; Mommsen § 57; hess. Entw. Art. 78. — Anders das gemeine Recht, Windscheid § 542 Nr. 41 (nur Erben), § 546 Nr. 2; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 133—139; code civil Art. 975, 1001; österr. G. B. § 494; u. A.

[2]) Vergl. Dernburg § 109 Anm. 4; Eccius § 249 Anm. 63.

die Vertrauensperson des Erblassers und wirkt alsdann erfahrungsmäßig auch bei der Errichtung des Testamentes mit. Die Machtfülle, welche der Entwurf dem Testamentsvollstrecker nach Maßgabe der §§ 1889 ff. einräumt, nöthigt jedenfalls wegen der zu besorgenden Gefahr des Mißbrauches zu der Vorschrift des Entwurfes, welche sich als eine Vorsichtsmaßregel darstellt.

§ 1917.

Verhältniß zum Richter oder Notare.

Der § 1917 wendet sich zu den Gründen, aus welchen gewisse Personen in Rücksicht auf ihr Verhältniß zu dem verhandelnden Richter oder Notare von der Mitwirkung bei der Testamentserrichtung ausgeschlossen sind und zu den Erfordernissen in Ansehung der Zeugen.

Daß derjenige als Gerichtsschreiber, zweiter Notar, Urkundsperson oder Zeuge nicht mitwirken kann, welcher zu dem verhandelnden Richter oder Notare in einem der im § 1916 Abs. 1 Nr. 1, 2 bezeichneten Verhältnisse steht, entspricht im Wesentlichen dem preuß. A. L. R. I, 12 § 120 und Mommsen § 72 Abs. 2. Wenn auch die Nichtigkeitsgründe nicht ohne Noth gehäuft werden dürfen, so kann es doch nicht gestattet werden, daß diejenigen, welche wesentlich mit zur Kontrole des die Verhandlung leitenden Beamten zugezogen werden, zu diesem in einem Verwandtschafts- oder Schwägerschafts-Verhältnisse stehen. Jedenfalls würde es Anstoß erregen, wenn zugelassen würde, daß Vater und Sohn als erster und zweiter Notar oder drei Brüder als Richter und Zeugen bei Errichtung einer letztwilligen Verfügung mitwirken.

Zeugen;

Ueber die weiteren Erfordernisse in Ansehung der Zeugen bestimmen die Vorschriften des zweiten und dritten Absatzes; der erstere enthält diejenigen, deren Nichtbeachtung Nichtigkeit zur Folge hat („kann nicht mitwirken“), der letztere giebt Ordnungsvorschriften.

Lebensalter.

In Ansehung des Lebensalters (Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Nr. 1) wird erfordert, daß die Zeugen wenigstens sechszehn Jahre alt seien, grundsätzlich sollen jedoch nur Volljährige zugezogen werden. Nach gemeinem Rechte genügt das Alter von vierzehn Jahren oder der Geschlechtsreife (bei dem Privattestamente); im Uebrigen weichen die Rechte von einander ab[1]).

Für das Erforderniß der Volljährigkeit spricht schon die wegen der Wichtigkeit des Aktes zu wahrende Feierlichkeit. Verlangt wird nicht das Alter von einundzwanzig Jahren, da es an einem zureichenden Grunde fehlt, die für volljährig Erklärten, welchen der § 26 im Uebrigen die rechtliche Stellung der Volljährigen zubilligt, hier auszuschließen. Dadurch, daß im Falle der Zuziehung einer Person, welche das Alter der Testaments-

[1]) Windscheid § 542 Anm. 8; dem gemeinen Rechte folgen das bayr. L. R. III, 3 § 8 Nr. 1 und andere Rechte beschränkten Geltungsgebietes, Roth § 303 Anm. 14; sechszehn Jahre erfordern außer anderen das württemb. Recht, Stein § 53, achtzehn Jahre das österr. G. B. § 591, die braunschw. Notar. O. § 10, zwanzig Jahre die hannov. Notar. O. § 28, Volljährigkeit der code civil Art. 980, das bad. Ges. v. 1879 § 48, eine Reihe von Notariatsordnungen, das sächs. G. B. § 2102, das lüb. Ges. v. 1865 Art. 7 (unter ausdrücklicher Zulassung der für volljährig Erklärten), Mommsen § 72 Abs. 1.

mündigkeit erreicht hat (§ 1911), der Nichteintritt der Nichtigkeit bestimmt wird, wird der Vortheil erreicht, daß ein Irrthum über das Alter der Zeugen, wie er nicht selten obwaltet, unschädlich wird. Kann sich auch der verhandelnde Richter oder Notar über das Lebensalter des Zeugen irren, so wird doch nicht leicht eine noch nicht sechszehnjährige Person für volljährig angesehen werden.

Bei der Eheschließung wird ein bestimmtes Lebensalter der Zeugen nicht verlangt; der § 1249 Abs. 2 enthält nur eine Ordnungsvorschrift; Minderjährige sollen nicht zugezogen werden. Allein dort sind die Betheiligten selbst zugegen, die Zeugen dienen im Wesentlichen nur dazu, dem Akte in gewissem Maße den Karakter der Oeffentlichkeit zu verleihen. Bei Errichtung einer letztwilligen Verfügung sind die betheiligten Bedachten und die ausgeschlossenen gesetzlichen Erben nicht Mitwirkende; die Zeugen sind zugleich berufen, bei etwaigen späteren Streitigkeiten über den Hergang bei der Testamentserrichtung Auskunft zu geben.

Bürgerliche Ehrenrechte.

Für unfähig zur Mitwirkung werden erklärt diejenigen, welche der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt sind, während der für den Verlust dieser Rechte bestimmten Zeit (Abs. 2 Nr. 2). Würde mit Rücksicht auf den § 34 Nr. 5 des Str. G. B. dieser Personen nicht gedacht, so könnte sich der Zweifel erheben, ob nicht die Anwendbarkeit der Vorschrift habe verneint werden sollen. Eine Ordnungsvorschrift würde nicht genügen. Die unbedingte Ausschließung solcher Personen als Zeugen ist freilich nicht ohne Unzuträglichkeiten. Eine Eigenschaft wird erfordert, welche äußerlich nicht erkennbar ist. Schon die Frage, ob den Zeugen in dieser Richtung ein Mangel treffe, ist für den die Verhandlung Leitenden mißlich. Der Zeuge wird geneigt sein, den Mangel zu verschweigen. Eine Nichtigkeit kann selbst bei der größten Vorsicht unterlaufen. Nachdem jedoch bei dem Erlasse des Str. G. B. für nöthig erachtet ist, mit der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, selbst auf diese Gefahr hin, die Unfähigkeit, als Urkundszeuge mitzuwirken, zu verbinden, wäre es bedenklich, von dem Str. G. B. in Ansehung des Testamentes abzuweichen. — Bedenken hiergegen lassen sich aus den § 1249 Abs. 2, § 1640 Nr. 3, § 1646 Abs. 2 deshalb nicht erheben, weil die Eheschließung sich durch die mündlichen Erklärungen der Eheschließenden vollzieht (§ 1248), die Heirathsurkunde aber keinen wesentlichen Bestandtheil der Eheschließung bildet, und weil bei Bestellung eines Vormundes dessen öffentlichrechtliche Stellung und die Verpflichtung durch die zuständige Behörde in Betracht kommt. Daß einige geltende Rechte nicht so weit gehen wie der Entwurf[1]), kann hiernach nicht maßgebend sein.

Gesinde oder Gehülfen des Verhandelnden.

Für unfähig, mitzuwirken, wird erklärt, wer als Gesinde oder Gehülfe im Dienste des verhandelnden Richters oder Notares steht (Abs. 2 Nr. 3). Die Vorschrift beruht auf denselben Erwägungen wie die des ersten Absatzes. Der Schwerpunkt der Vorschrift liegt auf dem Gebiete des notariellen Testamentes. Das zwischen den Bezeichneten und dem die Verhandlung Leitenden

[1]) Windscheid § 542 Anm. 12, 13; österr. G. B. § 592; sächs. G. B. § 2102 (für das gerichtliche Testament); lüb. Ges. von 1865 Art. 7; Mommsen § 72.

bestehende Abhängigkeitsverhältniß läßt es angemessen erscheinen, diese Personen schlechthin auszuschließen und nicht lediglich eine Ordnungsvorschrift aufzunehmen. Da eine Grenze zwischen Gehülfen und Gesinde oft schwer zu ziehen ist, läßt sich das Verbot nicht auf Gehülfen beschränken. Das Gesinde und die Gehülfen des Verfügenden gleichfalls auszuschließen, geht nicht an. Die für die Ausschließung der erstbezeichneten Personen maßgebenden Gesichtspunkte treffen nicht zu. In dringenden Fällen werden zudem andere Zeugen nicht selten rechtzeitig nicht erlangt werden können.

Unfähigkeit, eidlich vernommen zu werden.

Als Zeugen sollen, wie im Wege einer Ordnungsvorschrift (Abs. 3 Nr. 2) bestimmt wird, diejenigen nicht zugezogen werden, welche nach Vorschrift der Strafgesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden. Ein Verstoß hiergegen ist nicht mit Nichtigkeit bedroht. Daß solche Personen als Zeugen nicht zugelassen werden (§ 161 des Str. G. B.), bedingt deren Nichtzulassung als Testamentszeugen. Den Zeugen fällt, obschon nicht zunächst, immerhin die Aufgabe zu, sofern es nöthig wird, als Beweiszeugen zu dienen; solche Personen sind deshalb auch nicht geeignet, Testamentszeugen zu sein. Die Nichtigkeit des Testamentes kann aber an die Mitwirkung derselben nicht geknüpft werden. In Ansehung solcher Personen machen sich in erhöhtem Maße die Unzuträglichkeiten geltend, deren schon für das Erforderniß des Besitzes der bürgerlichen Ehrenrechte gedacht ist, da es sich um die Entziehung einer Eigenschaft auf Lebenszeit handelt. Die Unfähigkeit wird nicht selten ein Geheimniß des Betroffenen sein, welches er nicht preisgiebt, zumal wenn seit der Entziehung der Eigenschaft eine längere Zeit verstrichen ist oder der Betroffene seinen Wohnsitz verändert hat.

Ablehnung weiterer Unfähigkeitsgründe.

Im geltenden Rechte, insbesondere in den vorzugsweise in Betracht kommenden Notariatsordnungen — bei der Aufnahme gerichtlicher Testamente wirken Zeugen nur ausnahmsweise mit —, findet sich noch eine Reihe von Unfähigkeitsgründen in Ansehung der Zeugen, von deren Aufnahme abgesehen ist. Dahin gehören:

Männliches Geschlecht.

a) das Erforderniß des männlichen Geschlechtes. Soviel ermittelt, lassen nur das münch. St. R. Art. 208, 217 und das württemb. Recht bei Privatkodizillen Frauen als Zeugen zu[1]). Den auf die Gleichstellung der Geschlechter gerichteten Bestrebungen der neueren Zeit in dieser Hinsicht Rechnung zu tragen, erscheint nicht bedenklich. Läßt auch die Thätigkeit als Testamentszeuge in gewisser Beziehung als eine öffentlichrechtliche sich bezeichnen, so schließt die Eigenschaft als Frau und deren Stellung in der Familie doch nichts in sich, wodurch diese gehindert wäre, den an einen Testamentszeugen zu stellenden Anforderungen zu genügen. Die Zulassung der Frauen als Zeugen wird mittelbar zum Ausdrucke gebracht, indem im ersten Absatze auch die Nr. 1 des § 1916 Abs. 1 angezogen ist.

Persönliche Bekanntschaft. Identität.

b) Das Erforderniß, daß der Zeuge dem Verhandelnden oder den Betheiligten persönlich bekannt oder als identisch nachgewiesen sei[2]). Zwar ist

[1]) Roth § 303 Anm. 9, § 304 Anm. 4; Stein § 153.

[2]) Bayr. Notar. O. Art. 53; rheinpreuß. Notar. O. Art. 21; verschiedene andere Notariatsordnungen; bad. Ges. von 1879 § 48.

es die Pflicht des verhandelnden Richters oder Notares, sich möglichst über die Identität der zugezogenen Personen zu vergewissern. Aber das Erforderniß der persönlichen Bekanntschaft ist ein zu unbestimmtes, um an einen Verstoß gegen dasselbe die Nichtigkeit des Errichtungsaktes zu knüpfen.

Nichtbevormundete. Verschwender.

c) Das Erforderniß, daß der Zeuge nicht bevormundet sei[1]). Nach dem gemeinen Rechte und einigen anderen Rechten[2]) ist auch der interdizirte Verschwender ausgeschlossen. Das Erforderniß des Nichtbevormundetseins würde nicht mehr in vollem Umfange haltbar sein, nachdem das unbedingt nothwendige Alter der Zeugen auf das vollendete sechszehnte Lebensjahr festgesetzt ist. Verschwender oder sonst unter Vormundschaft stehende Personen als Testamentszeugen nicht zuzulassen, liegt kein hinreichender Grund vor.

Analphabeten.

d) Das Erforderniß, daß der Zeuge des Lesens und Schreibens kundig sei[3]). Die Fähigkeit zu lesen kommt nicht in Betracht; es würde auch sehr zweifelhaft sein, was darunter zu verstehen ist. Das Erforderniß der Schreibenskunde ergiebt sich, soweit es aufzustellen ist, aus dem § 1919 Abs. 4.

Wahrnehmungsfähigkeit rc.

e) Die Erfordernisse, daß der Zeuge bei gesundem Verstande, zur vollständigen Wahrnehmung des Herganges und zur Mittheilung seiner Wahrnehmungen im Stande, auch der deutschen Sprache mächtig sei[4]).

Bei der Eheschließung ist nichts bestimmt über die Wahrnehmungsfähigkeit der Zeugen (§ 1249 Abs. 2); es ist nicht für nöthig oder nur räthlich erachtet, die aus dem Begriffe von Solennitätszeugen als erforderlich sich ergebenden Eigenschaften zum Gegenstande gesetzlicher Vorschriften zu machen. Dieser Grundsatz muß in Ansehung der Testamentszeugen um so mehr maßgebend sein, als die geltenden Rechte überwiegend solche Vorschriften nicht enthalten. Daß derjenige, welcher berufen ist, etwas zu sehen, zu hören, zu begreifen, in der Lage sein muß, zu sehen, u. s. w., versteht sich von selbst; er darf also nicht des Vernunftgebrauches beraubt, blind oder taub sein; er muß auch, da vor einem Deutschen Richter in Deutscher Sprache zu verhandeln ist, der Deutschen Sprache mächtig sein. Die schwierige Frage, ob im einzelnen Falle Wahrnehmungsfähigkeit anzunehmen ist, entzieht sich nach der Natur der Dinge der Entscheidung durch das Gesetz. Der Entwurf muß sich auf die Feststellung positivrechtlicher Erfordernisse beschränken.

Ausländer, gewisse Geistliche, Aerzte u. s. w.

f) Das Erforderniß, daß die Zeugen nicht Ausländer und auch nicht solche Geistliche oder Aerzte seien, welche für den Verfügenden Seelsorge ausüben oder ihn in Behandlung haben[5]). Genügende Gründe für die Aufstellung eines derartigen Erfordernisses liegen nicht vor.

[1]) Sächs. G. B. § 2102; lüb. Ges. von 1865 Art. 7; noch anhalt. Notar. O. § 23; Mommsen § 72.

[2]) Windscheid § 542 Anm. 9; bayr. L. R. III, 3 § 8 Nr. 3; Roth § 303 Anm. 13.

[3]) Zahlreiche Notariatsordnungen; lüb. Ges. von 1865 Art. 7; sächs. G. B. § 2102 (Fähigkeit zu schreiben); Mommsen § 72.

[4]) Windscheid § 542 Anm. 4, 5; Roth § 303 Anm. 6—8; bayr. L. R. III, 3 § 8 Nr. 1; sächs. G. B. §§ 2102, 2104, 2106; württemb. Recht bei Stein § 53; lüb. Ges. von 1865 Art. 7; österr. G. B. § 591; zahlreiche Notariatsordnungen; Mommsen § 72.

[5]) Außer zahlreichen Notariatsordnungen code civil Art. 980; sächs. G. B. § 591; Roth § 303 Anm. 14.

Rogation.

g) Das Erforderniß der Rogation der Zeugen[1]). Eine Vorschrift dieses Inhaltes ist um so mehr entbehrlich, als die Zeugen nach dem § 1915 Abs. 1 zuzuziehen sind und als die unentbehrliche Unterzeichnung des über die Errichtung der letztwilligen Verfügung aufzunehmenden Protokolles durch die Zeugen (§ 1919 Abs. 4) deren auf die Mitwirkung gerichteten Willen ergiebt.

Selbstverständlich muß die erforderliche Fähigkeit der Zeugen zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden sein; der später eintretende Mangel schadet nicht, der Wegfall des wesentlichen Mangels kann das Testament nicht gültig machen[2]).

§§ 1918—1920.

h) Art der Errichtung.

Die Vorschriften über die Art der Errichtung eines Testamentes in ordentlicher Form, sofern der Verfügende weder an Gebrechen leidet noch der Kenntniß der deutschen Sprache entbehrt, enthalten die §§ 1918—1920.

Im Allgemeinen.

Zugelassen sind zwei Formen, einmal die Erklärung vor den Mitwirkenden in mündlicher Form, dann aber auch die Uebergabe einer die Verfügung enthaltenden Schrift an den verhandelnden Richter oder Notar mit der mündlichen Erklärung, daß die Schrift die Verfügung enthalte (§ 1918 Satz 1).

Die erstere Form ist im Wesentlichen allen geltenden Rechten entsprechend[3]). Aber auch die Uebergabe einer offenen Schrift, welche die Verfügung enthält, ist von den meisten Gesetzgebungen gestattet[4]), jedoch wird dieser Form zuweilen nicht ausdrücklich gedacht (vergl. z. B. die bayr. Notar. O. v. 1861). Der Entwurf läßt zu, daß die Schrift offen oder verschlossen übergeben werde (§ 1918 Satz 3). Das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 107—111 unterscheidet, ob die offen übergebene Schrift das Testament selbst sein oder nur der mündlichen Erklärung zu Grunde gelegt werden soll. Im letzteren Falle ist selbstverständlich kein Testament durch Uebergabe einer Schrift in Frage.

Stoff, Schreibmittel.

Nicht bestimmt ist in Ansehung des Stoffes, auf welchem geschrieben sein soll, noch in Ansehung der Schreibmittel, Tinte, Bleistift u. s. w., noch in Ansehung der Art der Schrift. Nach dem sächs. G. B. § 2096 und Mommsen § 64 Abs. 2 soll Zeichenschrift nicht zulässig sein; nach Siebenhaar zu § 2096 und Mommsen's Mot. S. 186 ist stenographische Aufzeichnung gemeint. Daß in Betreff der Deutung solcher Zeichen die nöthige Sicherheit fehle, kann nicht anerkannt werden.

Eigenhändige Schrift, Unterschrift.

Das preuß. A. L. R. I, 12 § 101 erfordert, daß das Schriftstück von dem Verfügenden eigenhändig ge- oder wenigstens unterschrieben sei. Eigen-

[1]) Windscheid § 542 Anm. 1; Roth § 303 Anm. 24, 25; bayr. L. R. III, 3 § 5 Nr. 3.

[2]) Roth § 303 Anm. 22 und dessen Zitate.

[3]) Vergl. z. B. Windscheid § 545 mit § 541 preuß. A. L. R. I, 12 §§ 100 bis 111; code civil Art. 791 ff.; sächs. G. B. §§ 2094, 2097; bayr. Notar. O. Art. 60, 61; österr. G. B. §§ 587, 588; Mommsen §§ 59 ff.; Stobbe § 304 Anm. 7.

[4]) Der code civil Art. 976 ordnet den sofortigen Verschluß an.

händige Schrift des Verfügenden wird also auch hier so wenig verlangt, wie von den übrigen geltenden Rechten (vergl. z. B. sächs. G. B. § 2096; code civil Art. 976; Mommsen § 64 Abs. 1). Jedoch ist diese Frage nicht überall unbestritten oder doch nicht stets unbestritten gewesen, z. B. in Württemberg (vergl. Stein § 50 Zus. 1). Deshalb ist im § 1918 Satz 2 ausdrücklich bestimmt, daß die übergebene Schrift auch von einer anderen Person als dem Erblasser geschrieben sein kann. Von dem Erfordernisse der Unterschrift sieht der Entwurf gleichfalls ab (vergl. § 1919 Abs. 2 Nr. 5). Auf diese Frage wird S. 272 noch eingegangen werden.

Protokoll.

Daß ein Protokoll über die Errichtung der letztwilligen Verfügung aufzunehmen ist (§ 1919 Abs. 1), entspricht mindestens einer größeren Zahl der geltenden Rechte. Gleich hier wird betont, daß dasselbe in Deutscher Sprache aufzunehmen ist (vergl. § 1923). Dies erscheint angemessen mit Rücksicht auf den § 186 des G. V. G.

Beglaubigung auf der Schrift ohne Protokoll.

Abgelehnt ist damit zugleich diejenige Form, welche Mommsen in seinen §§ 69—77, im Anschlusse an die schlesw. holst. Gesetze v. 4. Februar 1854 und 30. August 1859 sowie das lüb. Ges. v. 9. Dezember 1865 Art. 6, befürwortet, nämlich Beglaubigung auf der übergebenen Schrift und ohne ein besonderes über die Verhandlung geführtes Protokoll. Das Geltungsgebiet der bezeichneten Gesetze ist nur ein kleines. Zudem besteht kein Bedürfniß, diese weitere Form zuzulassen. Wenn dafür geltend gemacht wird (Mommsen's Mot. S. 188), daß das Gericht durch den Notar ersetzt werden könne, und daß dem Verfügenden ermöglicht werde, das Testament selbst oder durch einen Vertrauensmann aufzubewahren, so kommt der erstere Grund gegenüber dem § 1914 nicht in Betracht; der zweite Grund würde dem Gedanken, auf welchem der § 1932 beruht, geradezu widersprechen.

Inhalt des Protokolles.

Was das Protokoll zu enthalten hat, wird im § 1919 Abs. 2 unter fünf Ziffern bestimmt.

Ort und Tag der Verhandlung.

Die Vorschrift zu Nr. 1 (Ort und Tag der Verhandlung) erscheint auch in Ansehung des Ortes angemessen, weil die Angabe des Ortes unter Umständen von erheblicher Bedeutung werden kann für die Beurtheilung der Frage, ob der Richter oder Notar überhaupt zur Vornahme des Errichtungsaktes zuständig gewesen ist. Nach dem Rechte mehrerer Bundesstaaten ist zwar der Richter oder Notar in der Aufnahme von Testamenten nicht an den Bezirk gebunden, für welchen er zuständig ist (vergl. z. B. preuß. A. L. R. I, 12 § 73)[1]; jedoch gilt dies nicht allgemein, und auch nach solchen Rechten darf der Richter jedenfalls nicht außerhalb des Staates, welchem er angehört, thätig werden.

Namen 2c. der Mitwirkenden 2c.

Unter Nr. 2 ist erwähnt der Name einer jeden bei der Errichtung mitwirkenden Person, unter Nr. 3 die Angabe der Eigenschaft, in welcher eine mitwirkende Person mitgewirkt hat, unter Nr. 4 der Name des Verfügenden.

Wohnort derselben.

Dafür, daß die Angabe des Wohnortes der Mitwirkenden ebenfalls als wesentlich bezeichnet werde, läßt sich geltend machen, die Feststellung der Persönlichkeit werde unter Umständen durch die Bezeichnung des Wohnortes derselben

[1]) Stobbe § 304 S. 227.

erheblich erleichtert. Allein es würde zu weit gehen, im Falle der Unterlassung dieser Angabe den Errichtungsakt für nichtig zu erklären. Es muß genügen, wenn die Persönlichkeit, falls es erforderlich wird, in irgend einer Weise festgestellt werden kann, und hierzu reicht in der Regel die Angabe des Namens aus. Aus dem gleichen Grunde kann die Angabe des Wohnortes des Verfügenden nicht für wesentlich erachtet werden. Ebensowenig ist es erforderlich, in Ansehung des verhandelnden Richters oder Notares oder Gerichtsschreibers oder Urkundsbeamten die Angabe des Amtssitzes dieser Personen vorzuschreiben. Insbesondere kann von einer solchen Angabe die Gültigkeit des Errichtungsaktes nicht abhängig gemacht werden. Zudem läßt sich nach den bestehenden Einrichtungen aus der Angabe des Namens und der amtlichen oder dienstlichen Stellung der Mitwirkenden, der Eigenschaft, in welcher die Betreffenden mitgewirkt haben, überall deren Amtssitz ohne Weiteres feststellen.

Feststellung des Herganges.

Unter Nr. 5 wird verlangt die Feststellung des Herganges bei der Errichtung. Zum Ausdrucke gelangt, daß im Falle der Errichtung durch mündliche Erklärung der Inhalt der mündlich erklärten Verfügung anzugeben ist, und daß im Falle der Uebergabe einer Schrift dem Protokolle zu entnehmen sein muß, der Verfügende habe die Schrift mit der Erklärung übergeben, dieselbe enthalte seine letztwillige Verfügung. Die Vorschrift ist jedoch allgemein gefaßt, um zu vermeiden, daß auf den Gebrauch der Worte Gewicht gelegt oder eine sakramentale Formel als erforderlich angesehen werde.

Im Wesentlichen stimmt diese Vorschrift mit dem geltenden Rechte überein.

Unterschrift der übergebenen Schrift.

Einige Rechte verlangen, daß der Verfügende die von ihm als letztwillige Verfügung übergebene Schrift unterschrieben haben und zu Protokoll erklären müsse, die Schrift sei von ihm unterschrieben. Das sächs. G. B. § 2096 und einige Rechte beschränkten Geltungsgebietes, z. B. nürnb. Reform. 29, 1, fränk. L. G. O. 40 § 7, u. A., verlangen die Unterschrift nicht[1]). Das preuß. A. L. R. I, 12 § 108 erfordert die Unterschrift; ebenso noch das preuß. Ges. vom 28. Juni 1886 § 5. Aber in Preußen ist wiederholt die Erfahrung gemacht worden, daß die Unterschrift entgegen der Versicherung des Verfügenden bei der Uebergabe fehlte und, da die Versicherung die Unterschrift nicht ersetzt, Testamente als nichtig behandelt werden mußten, welche unzweifelhaft echt waren. Der Entwurf hat deshalb von einem solchen Erfordernisse abgesehen. Der Wille des Verfügenden wird durch die nach dem § 1918 erforderliche Erklärung hinreichend sichergestellt. Gegen eine Unterschiebung bieten die Vorschriften des § 1932 genügende Gewähr. Es kann auch nicht zweifelhaft sein, daß der Wille ein ernstlicher und perfekter ist. Wird ein Mehreres verlangt und insbesondere mit dem preuß. A. L. R. dem Richter zur Pflicht gemacht, sich davon zu überzeugen, daß die Schrift unterschrieben sei, so führt eine solche Vorschrift, falls sie mit großer Vorsicht gehandhabt wird, zu einer entbehrlichen Einsicht in die Urkunde seitens der Mitwirkenden. Wird die Vorsicht nicht angewendet, so kann sich nur zu leicht das bezeichnete unerwünschte Ergebniß herausstellen.

[1]) Für das gemeine Recht vergl. Seuffert's Archiv 16 Nr. 231 in diesem Sinne.

Vorlesung.

Das Protokoll muß stets vorgelesen werden; die Vorlesung hat nicht allein gegenüber dem Verfügenden zu erfolgen (§ 1919 Abs. 3). Auch die mitwirkenden Nebenpersonen müssen von dem Inhalte Kenntniß erhalten; denn sie sind berufen, darüber zu wachen, daß Alles ordnungsmäßig vor sich gehe, daß insbesondere das Niedergeschriebene wirklich den Willen des Verfügenden wiedergebe; sie haben dies durch ihre Unterschrift (Abs. 4) zu bestätigen. Das Erforderniß der eigenhändigen Unterschrift des Verfügenden erscheint als Regel unentbehrlich (Abs. 3), weil nach der Auffassung des Lebens die Unterschrift die endgültige Bestätigung der Genehmigung bildet. Eigenhändige Unterschrift wird im Anschlusse an den § 92 Abs. 1 (Motive zum Allg. Th. S. 185) erfordert.

Das aufgestellte Erforderniß der Vorlesung und Genehmigung entscheidet die hierüber im gemeinen Rechte bestehende Streitfrage (Seuffert's Archiv 6 Nr. 266) im Sinne des Reichsvisitationsabschiedes von 1713 § 27.

Vorlegung zur Durchsicht.

Daß dem Verfügenden auf sein Verlangen das Protokoll zur Durchsicht vorzulegen sei (§ 1919 Abs. 3 Satz 2), ist eine Ordnungsvorschrift, welche angemessen erscheint, da nicht Jedermann im Stande ist, dem Vorlesen dergestalt zu folgen, daß er sofort auch über den Inhalt und die Tragweite des Vorgelesenen sich klar wird.

Die Genehmigung des Protokolles seitens der Mitwirkenden liegt in der Vollziehung des Protokolles. Die Mitwirkenden nehmen in dieser Hinsicht dieselbe Stellung ein wie der verhandelnde Richter oder Notar.

Erklärung, nicht schreiben zu können.

Für den Fall, daß der Erblasser erklärt, er könne nicht schreiben, soll die erforderliche Unterschrift durch die Feststellung dieser Erklärung im Protokolle ersetzt werden (§ 1920). Getroffen wird damit sowohl der Fall, daß der Verfügende überhaupt nicht schreiben kann, als auch der Fall, daß der Verfügende nur (vielleicht in Folge einer Krankheit oder einer Verletzung) außer Stande ist, zu schreiben. Durch die Fassung wird außer Zweifel gestellt, daß einem späteren Gegenbeweise, dem Verfügenden sei die Bewirkung der Unterschrift möglich gewesen, kein Raum bleibt. Dadurch werden Streitigkeiten und verwickelte Prozesse abgeschnitten. Es genügt jedoch nicht, daß der Verfügende erklärt, er wolle nicht unterschreiben. Kann der Verfügende den regelmäßigen Formerfordernissen genügen, so soll er sich denselben nicht entziehen dürfen. Die Erklärung des Verfügenden, daß er nicht schreiben könne, ist um so unbedenklicher für ausreichend zu erachten, als erfahrungsgemäß eine solche Erklärung kaum jemals ohne Grund abgegeben wird. Zu bestimmen, daß auch der Grund der Verhinderung am Unterschreiben im Protokolle festgestellt werden müsse, ist nicht rathsam. An die Nichteinhaltung einer solchen Vorschrift die Nichtigkeit des Errichtungsaktes zu knüpfen, würde zu hart sein.

Für den Fall, daß eine der zur Mitwirkung bei der Errichtung zugezogenen Personen sich außer Stande erklärt, unterschreiben zu können, bedarf es keiner Vorschrift entsprechenden Inhaltes. Daß einer der Mitwirkenden im Laufe der Verhandlung in Folge einer Verletzung oder aus einem sonstigen Grunde unfähig wird, das Protokoll zu unterschreiben, wird kaum vorkommen. Ist aber eine Person zugezogen, in Ansehung deren sich nachträglich herausstellt, daß sie überhaupt des Schreibens unkundig ist und daß sie selbst ihren

Namen nicht schreiben kann, so ist sie zur Zuziehung nicht geeignet gewesen; der Akt muß, so mißlich dies unter Umständen sein mag, unter Zuziehung einer anderen Person, welche dem Erfordernisse genügt, wiederholt werden. Die Zeugen, nur diese kommen dabei in Frage, sollen ein Ersatz sein für den Gerichtsschreiber oder den zweiten Notar; Personen, welche diesen ersetzen sollen, müssen zum Mindesten ihren Namen zu schreiben verstehen.

Eintritt des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit vor dem Abschlusse.

Weitere Vorschriften für den zunächst in Betracht gezogenen Fall der Errichtung der letztwilligen Verfügung seitens einer Person, welcher Gebrechen oder andere Mängel, als die Unfähigkeit zu schreiben, nicht anhaften, sind nicht erforderlich. Insbesondere bedarf es nicht einer Vorschrift für den Fall, daß der Verfügende vor dem Abschlusse des über die Errichtung der letztwilligen Verfügung aufzunehmenden Protokolles stirbt oder geschäftsunfähig wird, oder daß ein Gleiches in Ansehung einer der zur Errichtung zugezogenen Personen etwa eintritt. Nach den allgemeinen Grundsätzen kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Verfügende, wenn das Testament gültig sein soll, den Abschluß des Errichtungsaktes, mithin die Vornahme der sämmtlichen erforderlichen Förmlichkeiten, erlebt haben muß. Würde der während des Errichtungsaktes etwa eintretende Tod des Verfügenden als unerheblich behandelt, sofern nur der Verfügende seinen Willen in Gegenwart der vorschriftsmäßig zugezogenen Personen ausgesprochen hat, so würde den aufgestellten Formerfordernissen ihre Bedeutung zu einem nicht geringen Theile entzogen. Alsdann fehlte jede Gewähr dafür, daß der Verfügende seinen Willen wirklich vollständig kundgegeben hat, daß er nur das Erklärte und nicht etwas Weiteres hat bestimmen wollen. Auch der Gesichtspunkt, daß der Verfügende seinerseits Alles gethan hat, was ihm zu thun obgelegen hat, um den gewollten rechtlichen Erfolg herbeizuführen, darf nicht zur Richtschnur genommen werden, obschon sich dafür geltend machen läßt, daß dieser im Interesse thunlichster Aufrechterhaltung letztwilliger Verfügungen der maßgebende sein müsse, und daß es dem entsprechen würde, wenigstens nur die Genehmigung des Errichtungsprotokolles seitens des Verfügenden, nicht auch dessen Unterzeichnung, welche nach dem § 1920 durch die Erklärung, nicht unterschreiben zu können, ersetzt werden kann, für unbedingt wesentlich zu erklären. Dahingestellt bleiben kann, ob nicht unter allen Umständen daran festgehalten werden müßte, daß auch das Protokoll seitens des Verfügenden unterschrieben oder die Erklärung des Verfügenden, daß er zu unterzeichnen außer Stande sei, zu Protokoll festgestellt sei, bevor der Tod des Verfügenden eintritt. Jedenfalls handelt es sich um sehr seltene Fälle. Wegen solcher Fälle den Grundsatz, daß ein unter Formvorschriften gestelltes Rechtsgeschäft nur dann gültig ist, wenn die Form gewahrt ist, in Ansehung der letztwilligen Verfügung zu durchbrechen, ist weder nothwendig noch angemessen. Eine solche Regelung könnte leicht den praktischen Uebelstand zur Folge haben, daß auf den völligen Abschluß des Protokolles, insbesondere auf die sofortige Unterzeichnung des Protokolles seitens der mitwirkenden Personen, nicht besonderes Gewicht gelegt wird, die Unterzeichnung seitens derselben vielmehr erst zu einer beliebig späteren Zeit erfolgt, vielleicht sogar ganz unterbleibt. Noch weniger besteht ein Anlaß, in Ansehung der Fälle, daß der Verfügende geschäftsunfähig wird, oder daß einer der Mit-

wirkenden vor dem Abschlusse des Aktes stirbt oder geschäftsunfähig wird, es nicht bei den allgemeinen Grundsätzen zu belassen.

S. C. Libonianum.

Entbehrlich ist eine dem für das gemeine Recht geltenden S. C. Libonianum entsprechende Vorschrift[1]). Zwar ist das Verbot übergegangen in das sächs. G. B. § 2077, das österr. G. B. § 595 und das bad. L. R. Satz 909 a; es ist dagegen schon beseitigt im bayr. L. R. III, 2 § 9 Nr. 6[2]) und im preuß. A. L. R.[3]). Ein Bedürfniß, das Verbot aufzunehmen, kann nicht anerkannt werden. In den §§ 1916, 1917 ist die Mitwirkung derjenigen Personen, welche bedacht sind oder mit dem Bedachten in einem nahen Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnisse stehen, ausgeschlossen. Diese Vorschriften gründen sich darin, daß jede Beeinflussung des Willens des Verfügenden fernzuhalten ist. Eine solche Beeinflussung steht aber bei der Herstellung einer zu übergebenden Schrift nicht in Frage, zumal die bezeichnete Vorschrift sich nicht gegen den Verfasser, sondern gegen den Schreiber der die letztwillige Verfügung enthaltenden Schrift richtet; sie bezweckt nur den Schutz gegen eine etwaige Fälschung seitens des Schreibers. Eine Fälschung zu Gunsten des Schreibers oder seiner Angehörigen ist möglich, aber die Gefahr, daß auf diese Weise dem Willen des Verfügenden nicht Entsprechendes zur Geltung kommt, liegt fern. Nach dem § 1922 kann eine Person, welche Geschriebenes nicht zu lesen vermag, eine letztwillige Verfügung nur durch mündliche Erklärung errichten. Läßt derjenige, welcher durch Uebergabe einer Schrift letztwillig zu verfügen beabsichtigt, die zu übergebende Schrift von einer anderen Person schreiben, so muß angenommen werden, daß er die Schrift vor der Uebergabe einer Durchsicht unterzogen hat. Dabei wird er etwaige Abweichungen von seinem Willen wahrnehmen. Dieser Umstand wird schon von einem Fälschungsversuche in der Regel abhalten, weil der Versuch voraussichtlich erfolglos bleiben muß. Sollte aber der Verfügende wirklich einmal so sorglos gewesen sein, das Schriftstück ungelesen zu überreichen, so bleibt selbst bei einer untergelaufenen Fälschung immer noch der spätere Nachweis der Fälschung offen. Durch eine Vorschrift im Sinne des S. C. Libonianum würde in vielen Fällen die Zuwendungsabsicht des Verfügenden vereitelt werden. In der Hauptsache würden nur Rechtsunkundige getroffen. Denn, wenn das Gesetz eine solche Vorschrift enthält, so wird der Rechtskundige nicht unterlassen, die Reinschrift durch einen Dritten bewirken zu lassen.

§§ 1921, 1922.

3. Erfordernisse hins. gewisser Gebrechlicher.

Besondere Vorschriften in Ansehung derjenigen, welche nicht hören können, sind mit Rücksicht auf den § 1919 Abs. 3 Satz 2 nicht erforderlich.

Würde vorgeschrieben, daß, wenn der Verfügende taub ist, diesem das Protokoll zum Durchlesen vorgelegt werden müsse, und daß die Taubheit oder

---

[1]) Windscheid § 546 Anm. 3—6, § 633 Anm. 1.

[2]) Vergl. Roth § 302 Anm. 5, 26, zugleich wegen des notariellen Testamentes in Bayern.

[3]) Vergl. Entsch. d. Ob. Trib. Bd. 2 S. 357; Eccius § 249 Anm. 45.

Taube.

doch die darauf sich beziehende Erklärung des Verfügenden, sowie die Thatsache, daß dem Verfügenden das Protokoll zum Durchlesen vorgelegt ist, im Protokolle festgestellt werden müsse, so würde sich ergeben[1]), daß eine taube Person, welche nicht lesen kann, ein Testament nicht errichten könnte. Dies geht jedoch zu weit. Weshalb einer solchen Person, wenn sie im Vertrauen auf die Gewissenhaftigkeit des verhandelnden Richters oder Notares oder im Vertrauen auf die Versicherung einer ihr sonst vertrauenswürdig erscheinenden Person hin, daß das Niedergeschriebene ihren Willen wiedergebe, die Genehmigung des Protokolles aussprechen will, die Möglichkeit entzogen werden soll, eine letztwillige Verfügung zu errichten, ist nicht ersichtlich. Die Ordnungsvorschrift des § 1919 Abs. 3 Satz 2 giebt auch einer solchen Person, falls sie lesen kann, das Mittel an die Hand, sich selbst zu überzeugen, daß das Niedergeschriebene ihrem Willen entspricht.

In Ansehung derjenigen Personen, welche stumm sind oder nicht sprechen können, enthält der § 1921 die erforderlichen Vorschriften, in Ansehung derjenigen, welche Geschriebenes nicht lesen können, bestimmt der § 1922. Weitere Vorschriften sind für entbehrlich erachtet.

§ 1921.

Stumme oder zu sprechen Verhinderte.

Personen, welche stumm oder zu sprechen verhindert sind, können eine letztwillige Verfügung ausschließlich durch Uebergabe einer Schrift errichten (Satz 1). Dies kann selbstverständlich erscheinen, allein die Vorschrift läßt zugleich erkennen, daß der Entwurf eine Testamentserrichtung durch Zeichen (vergl. S. 251) nicht gestattet. Eine Errichtung durch Zeichen hat die Hauptbedeutung jedenfalls für Stumme. Die Aufnahme der Vorschrift wird daher nicht als eine unnöthige Deutlichkeit bezeichnet werden können.

Möglich wäre es, die Testamentserrichtung mittels Uebergabe allgemein so zu regeln, daß auch Stumme in der Lage sind, dieser Form sich zu bedienen. Die nur für einen besonderen Fall zu treffende Vorschrift müßte alsdann ohne Noth verallgemeinert werden. Damit würde einerseits der Durchsichtigkeit des Gesetzes Eintrag geschehen, andererseits würde damit auch solchen Personen, welche weder stumm noch zu sprechen verhindert sind, die Möglichkeit geboten, sich der in Ansehung solcher Personen für nöthig zu erachtenden besonderen Form zu bedienen. Dies kann nicht gestattet werden. Es handelt sich um eine anomale Form, deren Gebrauch nicht in das Belieben eines jeden Verfügenden zu stellen ist, welche vielmehr nur dann angewendet werden darf, wenn die Nothwendigkeit hierfür vorliegt.

Als Voraussetzung für den Gebrauch der Form ist nicht aufgestellt, daß die betreffende Person wirklich stumm oder zu sprechen verhindert sei, vielmehr ist für genügend erklärt, daß der verhandelnde Richter oder Notar, wie im Protokolle festzustellen ist, sich die Ueberzeugung verschafft hat, daß der Verfügende an dem Gebrechen leide. Damit werden Streitigkeiten abgeschnitten und wird zugleich dem Umstande Rechnung getragen, daß eine solche Feststellung

[1]) Vergl. Mommsen § 52.

unter Umständen für den Verfügenden gefährlich sein kann, z. B. wenn er an einem Zungenkrebse leidet oder ihm durch den Arzt wegen der Gefahr für seine Gesundheit oder sein Leben das Sprechen untersagt ist (vergl. Satz 3 a. E.).

In Gegenwart aller mitwirkenden niederzuschreibende Erklärung.

Zur Vermeidung von Zweifeln ist es räthlich, auszusprechen, der Erblasser habe in Gegenwart aller mitwirkenden Personen die Erklärung niederzuschreiben, daß die übergebene Schrift die letztwillige Verfügung enthalte (Satz 2). Die Vorschrift verhindert, daß eine bereits vorher niedergeschriebene Erklärung des bezeichneten Inhaltes überreicht wird, und bietet die erforderliche Sicherheit, daß die Erklärung von dem Verfügenden herrührt und seinem Willen entspricht. Die Zulassung des Niederschreibens in einer Anlage, welche als solche in dem Protokolle zu bezeichnen ist (Satz 3), erscheint an sich unbedenklich; sie muß aber besonders ausgesprochen werden, da anderenfalls die Zulässigkeit in Zweifel zu ziehen sein würde (vergl. § 146 Abs. 2 der C. P. O.).

Anlage.

In Gemäßheit des § 1919 muß die Vorlesung des Protokolles schon mit Rücksicht auf die Mitwirkenden erfolgen. Dagegen erscheint eine besondere Genehmigung des Protokolles seitens des Verfügenden entbehrlich. Dieselbe könnte nach der Sachlage nur dadurch erfolgen, daß der Verfügende die Genehmigung wiederum schriftlich erklärt. Davon kann abgesehen werden, weil die Haupterklärung vollinhaltlich von dem Verfügenden niedergeschrieben wird, und die Unterzeichnung seitens desselben über seine Genehmigung keinen Zweifel läßt. Dies rechtfertigt die Vorschrift des vierten Satzes.

§ 1922.

Unfähigkeit, Geschriebenes zu lesen.

Für die Errichtung eines Testamentes in mündlicher Form durch eine Person, welche Geschriebenes zu lesen nicht vermag (vergl. S. 275), bedarf es besonderer Vorschriften nicht; es genügen die §§ 1919, 1920. Der Verfügende erhält regelmäßig Kenntniß von dem Inhalte des Errichtungsprotokolles durch Verlesung desselben. Kann er auch seinen Namen nicht schreiben, so greift der § 1920 Platz.

Dagegen kann einer solchen Person nicht gestattet werden, durch Uebergabe einer Schrift ein Testament zu errichten. Wer eine Schrift als Trägerin seines letzten Willens überreichen will, muß unzweifelhafte Kunde von dem Inhalte der Schrift zu haben wenigstens in der Lage sein. Diese Voraussetzung trifft bei einer solchen Person nicht zu. Der Entwurf kann in dieser Hinsicht streng sein, weil der Weg der mündlichen Testamentserrichtung offen steht und dieser Weg in einem solchen Falle der allein naturgemäße ist.

Blinde.

Die meisten geltenden Rechte geben besondere Vorschriften in Ansehung der Testamentserrichtung durch Blinde (vergl. z. B. preuß. A. L. R. I, 12 §§ 113 ff.; A. G. O. II, 3 § 8; sächs. G. B. § 2071; bayr. L. R. III, 5 § 6 Nr. 2 und III, 3 § 7[1]), und fast alle Notariatsgesetze). Solche sind für den Entwurf entbehrlich; der § 1922 genügt; die soeben hervorgehobenen Erwägungen treffen auch in Ansehung der Blinden zu.

---

[1]) Stobbe § 304 Anm. 25; Roth § 302 Anm. 32, § 304 Anm. 5 ff.

Mehrere Gebrechen.

Für den Fall, daß mehrere Gebrechen oder Mängel zusammentreffen (vergl. Entsch. d. R. G. Bd. 18 S. 301 ff.; sächs. G. B. §§ 2070, 2071, 2098; bayr. L. R. III, 3 § 3; u. s. w.), sieht der Entwurf von Vorschriften ab. Es ist nicht Aufgabe des Gesetzes, die aus den einschlagenden verschiedenen Vorschriften sich ergebenden Folgerungen, bei welchen es bewendet, zu ziehen.

§ 1923.

4. Erfordernisse für der Deutschen Sprache nicht Mächtige.

Wenn Jemand, welcher der Deutschen Sprache nicht mächtig ist, eine letztwillige Verfügung errichten will, so wird der Regelfall sein, daß die mitwirkenden Personen nicht sämmtlich derjenigen Sprache mächtig sind, in welcher der Verfügende sich erklärt. Mit diesem Falle beschäftigen sich die drei ersten Absätze des § 1923.

Voraussetzung.

Die Voraussetzung des Falles wie des im vierten Absatze besonders geregelten Falles, daß alle Mitwirkenden der fremden Sprache mächtig sind, ist, daß der Verfügende nach seiner Angabe der Deutschen Sprache nicht mächtig ist. Ein Weiteres zu erfordern, ist weder geboten, noch wäre die Aufstellung einer anderen Voraussetzung durchführbar.

Dolmetscher.

Daß in dem Falle, welcher als der Regelfall bezeichnet ist, ein vereideter Dolmetscher zugezogen werden muß (Abs. 1), entspricht dem zumeist geltenden Rechte. Das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 125—132 erforderte die Zuziehung zweier Dolmetscher oder zweier der fremden Sprache kundiger Zeugen; es ist aber geändert durch das Ges. v. 28. August 1876, nach welchem (§ 4) die Zuziehung nur eines Dolmetschers genügt. Das sächs. G. B. § 2099 und Mommsen § 68 verlangen, daß ein verpflichteter Dolmetscher zugezogen werde. So bestimmen auch die meisten Notariatsordnungen, das bad. Ges. v. 19. Juli 1879 §§ 43—45, das els. lothr. Ges. v. 14. Juli 1871 §§ 10, 13, 15 nebst Verordn. v. 17. September 1874 § 2.

Die Zuziehung eines gerichtlich vereideten Dolmetschers wird nicht verlangt, weil kein ausreichender Grund vorliegt, den Landesgesetzen entgegenzutreten, soweit dieselben die Zuziehung von Dolmetschern zulassen, welche von Verwaltungsbehörden bestellt und eidlich in Pflicht genommen sind, oder soweit dieselben den Notaren die Befugniß einräumen, im Falle des Bedürfnisses Personen als Dolmetscher zu vereidigen.

Daß auf den Dolmetscher die für Zeugen im § 1915 Abs. 3 und in den §§ 1916, 1917 gegebenen Vorschriften für entsprechend anwendbar erklärt werden (Abs. 2), rechtfertigt sich nach der Sachlage ohne Weiteres.

Protokoll.

Der Dolmetscher ist nach der Auffassung des Entwurfes das Organ, durch welches der Verfügende zu den übrigen mitwirkenden Personen redet. Dasjenige, was der Dolmetscher als den Willen des Verfügenden mittheilt, wird so angesehen, als wäre es von dem Verfügenden in Deutscher Sprache erklärt. Danach gestaltet sich das nach dem § 1919 in Deutscher Sprache aufzunehmende Protokoll, dessen einzelne Erfordernisse im Abs. 3 näher bestimmt werden. Das Protokoll muß dem Verfügenden von dem Dolmetscher vorgelesen werden, und zwar in einer von diesem letzteren anzufertigenden Uebersetzung. Die Uebersetzung muß dem Protokolle als Anlage beigefügt und als

Anlage in dem Protokolle bezeichnet werden. Außerdem muß das Protokoll enthalten die Erklärung des Erblassers, daß er der Deutschen Sprache nicht mächtig sei, den Namen des Dolmetschers und die Angabe, daß der Dolmetscher die Uebersetzung angefertigt und vorgelesen habe. Diese Erfordernisse entsprechen der Sachlage.

Das Protokoll muß von dem Dolmetscher und den übrigen mitwirkenden Personen unterschrieben werden (Abs. 3 Satz 3). Hiernach muß auch die Vorlesung in Deutscher Sprache bewirkt werden. Allerdings nützt diese Vorlesung dem Verfügenden nichts, allein die Vorlesung muß dennoch wegen der übrigen mitwirkenden Personen erfolgen. Das Protokoll ist von dem Verfügenden zu unterschreiben, aber auch dessen Genehmigung, welche von dem Dolmetscher als erklärt mitzutheilen ist, ist im Protokolle zu erwähnen. Die Uebersetzung hat lediglich den Karakter einer Vorsichtsmaßregel, indem sie die Gewähr bietet, daß der Dolmetscher als Organ des Verfügenden richtig fungirt hat. Der Dolmetscher wird gleich den Zeugen eine mitwirkende Person; er hat ebensowenig wie der Richter oder Notar das Protokoll selbst zu genehmigen, sondern nur mitzuvollziehen.

Die Aufnahme des Protokolles in beiden Sprachen als wesentlich vorzuschreiben, ist nicht geboten.

Der fremden Sprache mächtige Mitwirkende.

Im Falle des vierten Absatzes ist natürlich ein Dolmetscher entbehrlich. Die nähere Bestimmung des Falles durch die Worte „nach ihrer Versicherung der Sprache ... mächtig" wird mißliche Streitigkeiten darüber abschneiden, ob diese Versicherung der Wahrheit entspricht. Gefahren sind deshalb nicht zu besorgen, weil selbstverständlich der verhandelnde Richter oder Notar sich zu überzeugen hat, daß die Versicherung glaubhaft ist.

Niederschrift in der fremden Sprache.

In einigen Notariatsordnungen und im preuß. Ges. v. 26. August 1876 § 7 ist die Niederschrift in der fremden Sprache für genügend erklärt und nur (im Wege einer Ordnungsvorschrift) bestimmt, es sei eine Uebersetzung in Deutscher Sprache in das Protokoll aufzunehmen oder demselben als Anlage beizufügen. Dafür läßt sich geltend machen: das Interesse der Angehörigen in denjenigen Landestheilen, in welchen die Deutsche Sprache nicht ausschließlich die Umgangssprache ist, ferner, daß es zur Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung ausreiche, wenn die Erklärungen des Verfügenden in dessen Sprache niedergeschrieben sind, weiter die Rücksicht auf die große Zahl der in Deutschland sich aufhaltenden Ausländer, die an sich wünschenswerthe Verkehrserleichterung, die mögliche Gefährdung des Zustandekommens der Verfügung durch die Verzögerung der Errichtung in Folge der Aufnahme der Verhandlung in zwei Sprachen, endlich die Vermeidung der Gefahren, welche sich ergeben können, wenn die Uebersetzung nicht völlig im Einklange steht mit dem Wortlaute in der anderen Sprache. Entscheidend sind jedoch folgende Erwägungen. Der große Grundsatz, daß vor einem deutschen Richter oder Notare in Deutscher Sprache zu verhandeln ist, muß, wie er sich im § 186 des G. V. G. findet, in Ansehung der Errichtung letztwilliger Verfügungen gleichfalls zur Geltung gebracht werden. Eine nationale Pflicht und Ehrensache ist es, auch hier an der Deutschen Sprache festzuhalten. Dies liegt zudem wegen des amtlichen Urkunden zukommenden öffentlichen Glaubens im

öffentlichen Interesse. Wenn, wie in anderen großen Staaten, streng auf Beurkundung in der Staatssprache gehalten wird, so wird darunter der Testamentsverkehr nicht leiden, zumal die Aufnahme des Protokolles in beiden Sprachen allen billigen Anforderungen gerecht wird. Die möglichen Verschiedenheiten und vielleicht sogar mitunter nicht leicht zu lösenden Widersprüche zwischen den Erklärungen in den beiden Sprachen können in dieser Hinsicht nicht entscheidend sein; sie sind nur eine Folge der besonderen Gestaltung dieses Falles.

Inhalt des Protokolles.

Zur Vermeidung von Mißverständnissen weist der letzte Absatz darauf hin, daß auf das Protokoll im Uebrigen die Vorschriften der §§ 1919, 1920 Anwendung finden.

§ 1924.

5. Vorbehalt für die Landesgesetze rc.

Der Entwurf hat in den §§ 1915 ff. im Einzelnen dasjenige bestimmt, was zur Erfüllung der Erfordernisse der ordentlichen Testamentsform nöthig und genügend ist, abweichend von dem sonst, wenn ausgesprochen wird, daß gerichtliche oder notarielle Form erforderlich ist, beobachteten Verfahren (vergl. §§ 58, 92 Abs. 3, § 350 Abs. 2, §§ 351, 440 Abs. 1, §§ 1212, 1335 Abs. 1, §§ 1390, 1393, 1397, 1616 Abs. 2). Damit sind alle auf den gleichen Gegenstand sich beziehenden landesgesetzlichen Vorschriften, einschließlich derjenigen, welche nur einen Befehl enthalten, an dessen Nichtbefolgung die Nichtigkeit nicht geknüpft ist, beseitigt und durch die vollständige reichsgesetzliche Regelung ersetzt. Ein Zweifel kann sich jedoch erheben in Ansehung derjenigen Vorschriften der Landesgesetze, welche, wie z. B. diejenigen über die Feststellung der Identität oder Geschäftsfähigkeit des Verfügenden, Verbesserungen, Rasuren, Zusätze, Aenderungen, Zwischenschreibungen, Beifügung von Siegeln u. dergl., sich nicht auf die Testamentserrichtung im Besonderen, sondern auf Errichtung von gerichtlichen oder notariellen Urkunden im Allgemeinen beziehen. Diesen allgemeinen Vorschriften die Bedeutung als Ordnungsvorschriften zu wahren, entspricht dem praktischen Bedürfnisse. Sonst könnte leicht eine fühlbare Lücke sich ergeben, solange es an einer reichsgesetzlichen Regelung des Verfahrens bei der Aufnahme gerichtlicher oder notarieller Urkunden fehlt. Es würde nicht genügen, die Vorschrift in das Einführungsgesetz aufzunehmen, weil dieselbe zur Begrenzung der rechtsgeschäftlichen Erfordernisse für letztwillige Verfügungen gegenüber gewissen landesgesetzlichen Vorschriften dient.

Selbstverständlich wird in keiner Weise die Befugniß der Landesregierungen berührt, Gerichte oder Notare mit Instruktionen, insbesondere in Ansehung des Verfahrens bei Aufnahme von Testamenten, zu versehen (vergl. S. 260, 261).

Im § 1915 ist nichts über die Zuständigkeit der Richter, Notare und Gerichtsschreiber bestimmt (vergl. S. 261), insbesondere nicht, daß eine jede unter die Kategorie der Richter, Notare oder Gerichtsschreiber fallende Person zuständig sein soll. Der Behördenorganismus bestimmt sich auf dem Gebiete der nicht streitigen Rechtspflege nach wie vor nach Landesrecht. Dem Landesrechte muß daher die Befugniß verbleiben, in dieser Hinsicht die Vor-

aussetzung für die gültige Errichtung einer letztwilligen Verfügung zu bestimmen. Dies stellt die dem Einführungsgesetze vorbehaltene, in der Anmerkung zum § 1924 angedeutete Vorschrift klar. Die landesrechtlichen Vorschriften über die Zuständigkeit können sich sowohl auf die Abgrenzung der Arten der zuständigen Richter (Amtsrichter, Landrichter ꝛc.) und Notare sowie Gerichtsschreiber aus der allgemeinen Kategorie derartiger Urkundspersonen beziehen, als auch auf die Abgrenzung der örtlichen Zuständigkeit. Der Entwurf hat sich einer Entscheidung über die Folgen der Nichtbeobachtung solcher Vorschriften zu enthalten. Das Landesrecht ist nicht behindert, Vorschriften zu erlassen, welche die Gültigkeit des Aktes von der Beobachtung der Zuständigkeitsvorschriften abhängig machen (vergl. einerseits preuß. A. L. R. I, 12 § 73; sächs. G. B. § 2093; Mommsen § 70; andererseits österr. G. B. § 589).

In dieser Richtung einen Vorbehalt in den Entwurf selbst aufzunehmen, ist nicht für erforderlich erachtet.

§ 1925.

B. Errichtung in außerordentlicher Form.

1. Vor dem Gemeindevorsteher ꝛc.

Die Eigenthümlichkeit der durch den § 1925 für gewisse Nothfälle zugelassenen außerordentlichen Testamentsform besteht darin, daß der verhandelnde Richter oder Notar durch den Vorsteher der Gemeinde des Errichtungsortes oder des landesgesetzlich einer Gemeinde gleichgestellten Verbandes dieses Ortes ersetzt wird, und daß dieser Vorsteher die letztwillige Verfügung, welche sowohl mündlich als schriftlich errichtet werden kann, unter Zuziehung von zwei Zeugen aufnimmt. Das in solcher Form errichtete Testament behandelt der Entwurf als ein öffentliches (§ 380 der C. P. O.); es erlangt die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde.

In Ansehung der Art der Errichtung lehnt sich der Entwurf (Abs. 1 Satz 2) an die für die Errichtung in ordentlicher Form gegebenen Vorschriften an. Der Gefahr des Mißbrauches wird durch die zeitlich beschränkte Gültigkeit eines solchen Testamentes (§ 1926) vorgebeugt.

Bedürfniß.

Das Bedürfniß, einen Ersatz für die ordentliche Form zu schaffen, wenn die Mitwirkung der öffentlichen Organe (Richter oder Notar) nicht zu erlangen ist oder diese verhindert sind, läßt sich nicht in Abrede stellen. Nachdem weder das holographische noch andere Privattestamente zugelassen sind, ist Sorge zu tragen, daß in schleunigen Fällen möglich bleibt, einen Ersatz für diese Organe zu erlangen. Ein geeigneter, aber auch genügender Ersatz für den verhandelnden Richter oder Notar bietet sich in dem Vorsteher der Gemeinde, in deren Bezirke die letztwillige Verfügung errichtet werden soll. Dem Gemeindevorsteher wird, um auch für solche Gutsbezirke zu sorgen, welche zu keinem Gemeindeverbande gehören, sondern einen selbständigen Verband bilden, der Vorsteher eines selbständigen Verbandes im Anschlusse an den § 36 des G. V. G. gleichgestellt (vergl. C. P. O. § 167; R. Ges. über die Beurkundung des Personenstandes v. 6. Februar 1875 §§ 4, 10, 84).

Vertreter des Gemeindevorstehers.

Daß für den Gemeindevorsteher, wie überhaupt, so auch in diesem Falle, der für denselben bestellte Vertreter eintreten kann, ist selbstverständlich und deshalb nicht besonders hervorzuheben.

Dem geltenden Rechte ist, wenigstens zum größeren Theile, eine ähnliche Einrichtung nicht unbekannt. Es gehört hierher das gemeinrechtliche Testament ruri conditum[1]). Außer den an das gemeine Recht sich anschließenden Statutarrechten[2]) enthalten das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 93—98 mit den Allh. Kab. Ordres v. 21. Januar 1833 und 6. November 1834, Dekl. v. 10. Juli 1846 und Dorfgerichts-Instruktion v. 11. Mai 1854[3]), der code civil Art. 974 und das württemb. Recht (Stein § 58) sowie andere Rechte entsprechende Vorschriften.

Voraussetzung.

Als Voraussetzung genügt dem Entwurfe nicht der Umstand allein, daß an dem Errichtungsorte ein Richter oder Notar nicht vorhanden oder der vorhandene verhindert ist. Erfordert wird vielmehr, daß die Gefahr hinzutritt, die Errichtung der letztwilligen Verfügung werde durch den Eintritt des Todes desjenigen, welcher verfügen will, deshalb vereitelt werden, weil den Erfordernissen der ordentlichen Testamentsform nicht genügt werden kann. Das preuß. A. L. R. erfordert „Gefahr im Verzuge". Die Aufstellung der strengeren Voraussetzung würde an sich den Uebelstand zur Folge haben, daß die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung wegen des Mangels der Voraussetzung bekämpft werden kann. Diesem Uebelstande wird vorgebeugt (Abs. 2), indem die Voraussetzung ohne Zulassung eines Gegenbeweises als erfüllt, aber auch nur dann als erfüllt gilt, wenn das Vorliegen der Voraussetzung im Protokolle festgestellt ist. Der eigentliche Inhalt der Voraussetzung geht also nach dem Entwurfe dahin, daß der beurkundende Beamte den Nothstand festgestellt hat.

Feststellung im Protokolle.

Der Entwurf berücksichtigt nur die Lebensgefahr, nicht auch die Gefahr, daß Geschäftsunfähigkeit eintreten möchte. Soweit die letztere nicht in der Gefahr für das Leben mitenthalten ist, verdient sie nicht, besonders in's Auge gefaßt zu werden.

§ 1926.

Zeitliche Beschränkung der Gültigkeit.

Der § 1926 beschränkt zeitlich die Wirksamkeit einer nach Maßgabe des § 1925 errichteten letztwilligen Verfügung. Die Fassung (Abs. 1) „gilt als nicht errichtet" bringt die Rückbeziehung des Eintrittes der Unwirksamkeit zum Ausdrucke. Damit wird zugleich die aufhebende Wirkung des Nothtestamentes gegenüber einem früher errichteten Testamente beseitigt (vergl. §§ 1933, 1936).

Im Falle des § 1925 ist nur ein Nothtestament in Frage. Es fehlt daher an hinreichenden Gründen, diesem Nothtestamente noch Wirksamkeit zuzugestehen, wenn der Verfügende die Lage, welche ihn zu einer solchen letztwilligen Verfügung berechtigte, überlebt hat und noch ein weiterer Zeitraum verflossen ist, innerhalb dessen es dem Verfügenden möglich war, ein Testament in ordentlicher Form zu errichten.

Frist.

Im Anschlusse an die freilich für andere Fälle gegebene Fristbestimmung des sächs. G. B. § 2004 und des code civil Art. 996 (vergl. Mommsen § 81;

[1]) Windscheid § 544 Nr. 3; Stobbe § 304 Anm. 37—39.

[2]) Roth § 304 Anm. 33—37; bayr. L. R. III, 4 § 7; schaumb. Polizeiordn. Kap. 13 § 5; bernburg. Edikt v. 13. Mai 1782.

[3]) Dernburg § 113, Eccius § 249 S. 398—400; Mommsen kennt sogar eine ordentliche Testamentsform vor dem Civilstandsbeamten (§ 77).

heſſ. Entw. Art. 108) erſcheint die Friſt von drei Monaten ſeit der Errichtung in Verbindung mit dem Umſtande, daß der Verfügende noch am Leben iſt, ausreichend (Abſ. 1). Jedoch wird, ähnlich wie im Falle des § 694, Beginn und Lauf der Friſt für gehemmt erklärt, ſolange der Verfügende außer Stande iſt, eine letztwillige Verfügung in ordentlicher Teſtamentsform zu errichten (Abſ. 2). Hierdurch werden die Fälle einbezogen, in welchen der Verfügende nur ein anderes Nothteſtament errichten konnte (vergl. §§ 1927, 1929 u. ſ. w.), und in welchen der Verfügende wegen perſönlicher Unfähigkeit, z. B. wegen Krankheit, außer Stande war, eine letztwillige Verfügung in ordentlicher Form zu errichten. Dies iſt geboten, da es ſich darum handelt, dem Verfügenden hinreichende Zeit zu einer definitiv gültigen Errichtung einer letztwilligen Verfügung zu gewähren.

Eine beſondere Vorſchrift für den Fall, daß der Erblaſſer nach Ablauf der Friſt für todt erklärt iſt und der Tag, an welchem er der letzten Nachricht zufolge noch gelebt hat, in die Zeit vor Ablauf der Friſt fällt (Abſ. 3), iſt mit Rückſicht auf den § 8 Abſ. 2 zur Verdeutlichung beigefügt.

§ 1927.

2. Teſtament bei Verkehrsſperrung.

Wenn Jemand in einer Ortſchaft, einer Straße oder einem Gebäude ſich aufhält, welche in Folge einer ausgebrochenen Krankheit oder in Folge ſonſtiger außerordentlicher Umſtände dergeſtalt abgeſperrt ſind, daß die Errichtung einer letztwilligen Verfügung in ordentlicher Teſtamentsform nicht möglich oder erheblich erſchwert iſt, ſo kann er gleichfalls ein Teſtament in ordentlicher Form meiſt nicht errichten. Auch in einem ſolchen Falle muß daher ein Teſtament in außerordentlicher Form zugelaſſen werden. Das gemeine Recht kennt für dieſen Fall das testamentum tempore pestis, welches mit mannigfachen Modifikationen in faſt alle Rechte übergegangen iſt[1]).

Lokaler Nothſtand.

Die Vorſchrift ſetzt einen Nothſtand lokaler, nicht, wie die des § 1925, perſönlicher Natur voraus. Ein lokaler Nothſtand, welcher an der Benutzung der ordentlichen Teſtamentsform hindert, wird ſich äußerlich immer als Abſperrung darſtellen. Der Entwurf beſchränkt ſich darauf, die Zulaſſung der beſonderen Form von dem Vorliegen der thatſächlichen Vorausſetzung des Nothſtandes abhängig zu machen. Insbeſondere wird nicht erfordert, daß die hindernde Abſperrung auf obrigkeitlicher Verfügung beruht; die Abſperrung kann auch durch Natureigniſſe oder durch Aufruhr oder durch kriegeriſche Ereigniſſe, welche den Verkehr hindern, eintreten. Ein ſolcher Nothſtand iſt zumeiſt eine notoriſche Thatſache. Deshalb iſt nicht zu befürchten, daß die Vorausſetzung leicht beſtreitbar ſein werde, und daß die Zulaſſung der außerordent-

[1]) Windſcheid § 544 Nr. 2; Stobbe § 304 Anm. 40—44; württemb. Recht bei Stein § 58; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 198—204, Allh. Kab. Ordres v. 12. Juli 1831, 8. Oktober 1831 (Cholera), preuß. Geſ. v. 8. Juni 1860 § 14 Abſ. 2; code civil Art. 985—987; ſächſ. G. B. §§ 2113, 2114; öſterr. G. B. §§ 597—599; Mommſen §§ 79—81; heſſ. Entw. Art. 104 ff.; hamb. St. R. III, 1 Art. 2; frankf. Ref. IV, 1 § 3; u. A.

lichen Testamentsform zu Angriffen auf die Gültigkeit der Verfügung Anlaß geben werde. Vorzuschreiben, daß stets eine Anordnung der Obrigkeit (seitens der zuständigen Verwaltungsbehörde) vorliegen müsse, welche mit Rücksicht auf einen vorhandenen objektiven Nothstand dessen Vorliegen endgültig feststellt, oder daß solche behördliche Anordnungen den Gebrauch der erleichterten Testamentsformen gestatten können, würde nicht angemessen sein. Das Erstere ist, wenn von der nur auf die Cholera sich beziehenden bayr. Verordn. vom 31. Dezember 1831 abgesehen wird, nirgends in Deutschland geltendes Recht. In beiden Richtungen steht entgegen, daß es durchaus anomal sein würde, wenn im Verwaltungswege darüber befunden werden sollte, ob eine zivilrechtliche Voraussetzung vorliegt. Entscheidend ist, daß eine derartige Vorschrift dem praktischen Bedürfnisse nicht gerecht werden würde; die erforderte obrigkeitliche Anordnung kann in einem solchen Falle schwerlich rechtzeitig erfolgen und noch weniger gehörig zur Kenntniß der Betheiligten gebracht werden.

Obrigkeitliche Anordnung der Sperre.

Ausbruch der Krankheit.

Der Entwurf erfordert nur das Ausbrechen der Krankheit, nicht, daß die Krankheit herrscht. Diese Beschränkung der Voraussetzung ist geboten mit Rücksicht darauf, daß, wie die Erfahrung der jüngsten Zeit lehrt, nicht selten auch dann der Kranke sofort isolirt wird, wenn der erste Fall einer ansteckenden Krankheit sich zeigt. Eine weitere Voraussetzung ist der Aufenthalt in einer Ortschaft u. s. w. Es kann nicht das Wohnen in einer Ortschaft u. s. w. erfordert werden; das Verweilen daselbst muß genügen, da ein solcher Nothstand auch in Ansehung eines auf der Reise Befindlichen sich ergeben kann.

Verschiedene Formen:

Im Falle eines solchen Nothstandes werden drei außerordentliche Formen des Testamentes zugelassen, zwischen welchen dem Verfügenden die Wahl bleibt.

Gemeindetestament.

Zugelassen wird zunächst das in den §§ 1925, 1926 geregelte Gemeindetestament. Dies entspricht der Erwägung, daß während der Absperrung die Mitwirkung des Gemeindevorstehers erlangbar sein kann. Damit wird nicht nur das gleiche Ergebniß wie durch die beiden anderen zugelassenen Formen erreicht, sondern sogar der Vortheil erzielt, daß, wenn von dieser Form Gebrauch gemacht wird, eine öffentlichen Glauben genießende Beurkundung beschafft wird.

Holographische Form.

Neben dieser Form, also nicht etwa, wenn diese Form versagt, werden zwei weitere Formen zugelassen. Gestattet wird einmal die schriftliche (Holographen-) Form, d. h. eine von dem Verfügenden unter Angabe des Ortes und Tages der Errichtung eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung[1]). Die Zulassung einer solchen Form ist geboten, weil vielleicht auch taugliche Zeugen nicht zu erlangen sind und dem Verfügenden die Möglichkeit bleiben soll, selbst dann noch sich zu helfen.

Erklärung vor drei Zeugen.

Weiter gestattet der Entwurf die mündliche Erklärung vor drei Zeugen. Der zweite Absatz giebt die näheren Vorschriften für die dritte zugelassene Form. In Ansehung der Zahl der Zeugen folgt der Entwurf dem sächs. G. B. § 2113. Statt der Zeugen die Zuziehung anderer Personen, wie Geistlicher, Aerzte, Polizeibeamten und dergl., vorzuschreiben, geht bei den vorausgesetzten Ver-

[1]) Vergl. hess. Entw. Art. 107.

hältnissen nicht wohl an. Die Erleichterung würde auch keinen Erfolg haben, wenn jene Personen nicht zu beschaffen sind oder ihre Mitwirkung versagen.

In Ansehung der Fähigkeit der Zeugen sind weitere Erleichterungen, wie sie z. B. das bayr. L. R. III, 4 § 6 Nr. 2 gewährt, insbesondere was das persönliche Verhältniß derselben zu dem Verfügenden oder dem Bedachten angeht, nicht bestimmt. Die Gründe, welche gegen die Zulassung solcher Personen als Testamentszeugen bei der ordentlichen Testamentsform sprechen, treffen hier gleichfalls zu, insbesondere die Gründe, welche für die Erfordernisse hinsichtlich des Lebensalters und des Besitzes der Ehrenrechte geltend gemacht sind. Das Festhalten an diesen Anforderungen wird die Benutzung der erleichterten Form nicht wesentlich erschweren.

Die Errichtung vor den drei Zeugen bedingt selbstverständlich, daß die Zeugen sämmtlich bei allen zu der Errichtung erforderlichen Handlungen gegenwärtig sein müssen. Einer Vorschrift, wer von den Zeugen das Protokoll niederzuschreiben oder wie die Niederschrift zu erfolgen hat, bedarf es nicht.

Nicht zugelassen ist die Uebergabe einer die letztwillige Verfügung enthaltenden Schrift. Wird deren Verlesung vorgeschrieben, so ergiebt sich statt einer Minderung der Form eine Mischform und wird nicht in geeigneter Weise ein Anschluß an die ordentliche Testamentsform erreicht. Ohne daß weitere Vorschriften hinzugefügt würden, wäre eine solche Form nicht benutzbar für diejenigen, welche nicht schreiben können. Für Personen, welche sich schriftlich auszudrücken vermögen, genügt die holographische Form.

Bei der dritten Form wird die Zuziehung eines Dolmetschers nicht gestattet (Abs. 2 a. E.). Dazu fehlt es an jedem Anlasse. Obschon die drei ersten Absätze des § 1923 nicht angerufen sind, ist es doch für rathsam erachtet, dies ausdrücklich hervorzuheben.

Im Uebrigen sind die Vorschriften über den Inhalt des aufzunehmenden Protokolles im Wesentlichen die gleichen wie bei der Errichtung eines ordentlichen Testamentes, soweit überhaupt für deren Anwendung Raum bleibt. Deshalb genügt es, auf jene zu verweisen (Abs. 2).

Der wegen der Erfordernisse in Ansehung der Zeugen mitangezogene § 1917 Abs. 3 enthält nur eine Ordnungsvorschrift. Als solche verliert die Vorschrift freilich hier in gewissem Sinne ihren Werth und Einfluß, weil es an der amtlichen Verantwortlichkeit eines Mitwirkenden fehlt, welche die Befolgung der Vorschrift sichert. Indessen wäre es nicht rathsam, deshalb von der Bezugnahme abzusehen.

Das Protokoll, welches bei Errichtung des Testamentes in ordentlicher Form oder vor einem Gemeindevorsteher als öffentliche Urkunde vollen Beweis für den darin bekundeten Vorgang liefert (§ 380 C. P. O.), wird bei der dritten hier zugelassenen Testamentsform ein Privatbericht, dessen Richtigkeit erst erwiesen werden muß. Um diesen Beweis zu erbringen, wird die Aussage der Zeugen, welche mitgewirkt haben, von großem Werthe sein. Dennoch ist der Zweck der Zuziehung von Zeugen, ebenso wie bei der Errichtung des Testamentes in ordentlicher Form, zunächst nicht die Sicherung des Beweises, sondern die Erfüllung eines rechtsgeschäftlichen Erfordernisses. Die Zeugen

bleiben also auch hier Solennitätszeugen. Freilich bestimmt das R. Mil. Ges. v. 2. Mai 1874 § 44 Nr. 3, daß die bei dem Militärtestamente zugezogenen Zeugen Beweiszeugen und nicht Instrumentszeugen sein sollen. Allein diese Vorschrift kann für den Entwurf nicht maßgebend sein.

§ 1928.

Zeitliche Beschränkung.

Für die zeitliche Beschränkung der Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung der im § 1927 bezeichneten Art sind dieselben Gründe maßgebend wie für die Aufnahme des § 1926. Die entsprechende Anwendung des letzteren führt zu einem angemessenen Ergebnisse.

§ 1929.

Militärtestament.

Der Entwurf enthält keine Vorschriften über das Militärtestament. Solche Vorschriften sind entbehrlich, weil das Einführungsgesetz die hierauf sich beziehenden Vorschriften des R. Ges. v. 2. Mai 1874 aufrechterhalten wird (vergl. insbesondere § 44 daselbst). Das Bedürfniß besonderer Vorschriften könnte sich nur insofern ergeben, als auch für diejenigen Fälle zu sorgen ist, auf welche der § 39 Abs. 3 des bezeichneten Gesetzes sich bezieht. Der § 39 Abs. 3 daselbst ist so zu verstehen, daß auch spätere und künftig ergehende Landesgesetze des dort näher bezeichneten Inhaltes Geltung haben. Dies kann in Zweifel gezogen werden, weil der § 39 nicht den Ausdruck wählt „bleiben unberührt“, wie in den Reichsgesetzen seit den sog. Reichsjustizgesetzen für solche Gesetze der regelmäßige Sprachgebrauch ist, durch welche auch künftig ergehenden Gesetzen Raum gelassen werden soll, sondern nur bestimmt „es bleiben diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft“. Diesem Zweifel wird eine in das Einführungsgesetz aufzunehmende Vorschrift vorbeugen.

Mit Rücksicht hierauf ist es auch nicht für erforderlich erachtet, eine den §§ 1—3 des preuß. Ges. v. 8. Juni 1860 (Ges. S. S. 240) entsprechende Vorschrift aufzunehmen oder einen entsprechenden Vorbehalt dem Einführungsgesetze einzuverleiben. Kann auch künftig im Falle des § 39 Abs. 3 des R. Mil. Ges. den Auditeuren die Ausübung der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit sowohl ein- für allemal als für den einzelnen Fall im Verordnungswege übertragen werden, so sind die Auditeure in der Lage, in dem bezeichneten Falle ein Testament in ordentlicher Form aufzunehmen, sei es unter Zuziehung des beigegebenen Militärgerichtsaktuars als Gerichtsschreibers, sei es unter Zuziehung zweier Zeugen (§§ 1914, 1915). Alsdann ist ein solches Testament nicht lediglich ein in außerordentlicher Form aufgenommenes Testament von zeitlich begrenzter Wirksamkeit. Eines kommandirten Kriegsgerichtes (§ 1 Abs. 2 des preuß. Ges.) bedarf es nicht mehr.

3. Seetestament.

Für die zur Besatzung eines in Dienst gestellten Schiffes oder Fahrzeuges der Kaiserlichen Marine gehörenden Personen und für andere an Bord

eines solchen Schiffes oder Fahrzeuges genommene Personen wird, soweit nöthig, das Einführungsgesetz Sorge tragen durch Ausdehnung der Vorschriften des R. Mil. Ges. v. 2. Mai 1874 auf solche Personen.

Hiernach erhebt sich nur noch die Frage, ob Vorschriften erforderlich sind im Interesse solcher Personen, welche sich auf einer Seereise an Bord eines Deutschen, zur Kaiserlichen Marine nicht gehörenden Schiffes außerhalb eines inländischen Hafens befinden.

Das Bedürfniß kann verneint werden, da der Nothstand, in welchem sich solche Personen befinden, dem Nothstande der Absperrung (§ 1927) insofern nicht völlig gleichzustellen ist, als der Seereisende sich freiwillig in die der Absperrung vergleichbare Lage begiebt und daher sehr wohl vorher die ihm etwa erforderlich erscheinenden Verfügungen auf den Fall seines Todes treffen kann.

Im geltenden Rechte finden sich jedoch Vorschriften für diesen Fall, insbesondere im preuß. A. L. R. I, 12 §§ 205, 206, im code civil Art. 988 ff., im österr. G. B. § 597 und bei Mommsen · § 79. Wenn das englische Recht und die Rechte der ihm folgenden Staaten Nordamerika's Vorschriften dieses Inhaltes nicht haben, so dürfte die Erklärung hierfür darin zu finden sein, daß dort eine einfache, leicht zu erfüllende Form des ordentlichen Testamentes gewährt ist, in England eigenhändige Niederschrift mit Zuziehung zweier Zeugen (vergl. stat. 1 Vict. c. 26, Blackstone II S. 331, Nasmith, institutes of private law Bd. 2 S. 536, 537).

Dagegen geben Vorschriften über das Seetestament auch das niederl. G. B. Art. 994 ff., das ital. G. B. Art. 788, das portug. G. B. Art. 948 ff., das G. B. von Louisiana Art. 1594 ff., fast alle mittel- und südamerikanischen Gesetzbücher, z. B. Argentinien IV, 12, 68, Uruguay Art. 779 ff., Chile Art. 1055, Bolivia Art. 690, 691, Guatemala Art. 785, 788, Honduras Art. 1087—1094, Venezuela Art. 732, 733, Mexiko Art. 3824 ff., Haïti Art. 794, ferner für Malta Ordonanz VII von 1868 Art. 374 ff., u. A.

Der Entwurf entscheidet deshalb für die Zulassung des Seetestamentes, bringt aber durch die Fassung zum Ausdrucke, daß nur während der Seereise die Befugniß zur Errichtung eines Testamentes in dieser außerordentlichen Form gewährt wird (zu vergl. R. Ges. v. 6. Februar 1875 § 61).

Führer des Schiffes oder dessen Stellvertreter.

Die meisten aufgeführten Rechte legen Werth darauf, daß zu den Mitwirkenden der Führer des Schiffes oder dessen Stellvertreter gehöre. Der Entwurf ist denselben nicht gefolgt. Wird eine Ordnungsvorschrift aufgestellt, so wird diese nur zu leicht wirkungslos bleiben. Eine besondere Eigenschaft für die Zeugen vorzuschreiben, erscheint nicht geboten. Die Zuziehung des Führers des Schiffes würde sich von diesem Gesichtspunkte aus ohnehin kaum rechtfertigen lassen, da der Führer und dessen Vertreter in Ansehung der Errichtung einer letztwilligen Verfügung nicht besondere Eigenschaften besitzen, insbesondere nicht eine so ausgeprägte autoritative Stellung in dieser Hinsicht einnehmen, daß ihre Mitwirkung irgend welche Garantieen für die rechtsgültige Errichtung des Testamentes gewährte oder der aufgenommenen Urkunde öffentlichen Glauben verleihen könnte.

§ 1930.

Zeitliche Beschränkung.

Die zeitliche Begrenzung der Wirksamkeit des nach dem § 1929 errichteten Seetestamentes rechtfertigt sich aus den gleichen Gründen wie die des Testamentes vor einem Gemeindevorsteher. Die Frist zu kürzen, etwa auf einen Monat, ist schon im Interesse der Vereinfachung nicht angemessen.

Antritt einer neuen Seereise.

Zu denken ist noch der besondere Fall, daß vor Ablauf der Frist eine neue Seereise angetreten wird. Bestimmt wird, es werde die Frist dergestalt unterbrochen, daß nach Beendigung der neuen Reise die volle Frist von Neuem zu laufen beginne (Satz 2).

Von einer Fortsetzung der Reise ist nicht die Rede. Solange die Reise fortgesetzt wird, versteht sich die Hemmung des Laufes der Frist von selbst.

Im Falle eines drei Monate dauernden Aufenthaltes in einem fremden Hafen die Reise mit der Landung als beendet zu erklären, geht deshalb nicht an, weil eine solche Vorschrift von einer nicht immer richtigen thatsächlichen Voraussetzung ausgehen würde. Trifft die thatsächliche Voraussetzung zu, so versteht sich dasjenige, was bestimmt werden könnte, von selbst.

Folgen dagegen mehrere Seereisen derselben Person in geringen Zwischenräumen auf einander und zwar in der Weise, daß dem Reisenden nicht eine volle zusammenhängende Frist von drei Monaten zur Nachholung der Errichtung des Testamentes in ordentlicher Form bleibt, so ergiebt sich das Bedürfniß einer Verlängerung der Frist in der bezeichneten Weise. Einen Unterschied kann es nicht machen, ob der Reisende in der Zwischenzeit im Inlande oder im Auslande sich befunden hat und ob die Reise auf demselben Schiffe wie die frühere oder auf einem anderen Schiffe angetreten ist.

§ 1931.

4. Gesandtentestament.

In der dem § 1929 beigefügten Anmerkung ist eine Ergänzung des Reichs-Konsulatsges. v. 8. November 1867 für das Einführungsgesetz vorbehalten. Die durch einen Erlaß des Auswärtigen Amtes vom 28. April 1875 angeregte Ergänzung jenes Gesetzes dahin, daß ein Wahlkonsul zur Aufnahme eines Testamentes nur dann befugt ist, wenn ihm die betreffende Befugniß durch Anordnung des Reichskanzlers besonders beigelegt ist, rechtfertigt sich deshalb, weil die §§ 16, 17 des bezeichneten Gesetzes alle Konsuln für befugt erklären, Akte als Notare aufzunehmen und deshalb den Konsuln das Recht zusteht, auch Testamente von denjenigen Reichsangehörigen aufzunehmen, welche einem Bundesstaate angehören, nach dessen Gesetzen notarielle Testamente gestattet sind. Wahlkonsuln werden jedoch nur dann zur Aufnahme eines Testamentes geeignet sein, wenn sie im Besitze der dazu erforderlichen Rechtskenntnisse sich befinden. Die Aufnahme einer solchen Vorschrift ist nicht durch das R. Ges. v. 10. Juli 1879 über die Konsulargerichtsbarkeit entbehrlich geworden; das letztere bezieht sich ausschließlich auf die Ausübung der Gerichtsbarkeit durch diejenigen Konsuln, welchen die ordentliche Gerichtsbarkeit zusteht.

Zulassung.

Der § 1931 regelt, im Anschlusse an das preuß. Ges. v. 3. April 1823 (Ges. S. S. 40), das Gesandtentestament. Der Grund, weshalb diese

Testamentsform gestattet wird, liegt in einem gewissen Nothstande, dessen Vorhandensein in einem Schreiben des Auswärtigen Amtes an das Kaiserliche Reichs-Justiz-Amt v. 14. August 1880 festgestellt ist. Der Nothstand besteht hauptsächlich für Gesandte und Berufskonsuln in außereuropäischen Staaten. Ein gleicher Nothstand läßt sich aber auch für Gesandte und Konsuln in europäischen Staaten in Rücksicht auf gewisse zur Levante gehörende Länder nicht völlig verneinen. Für Gesandte und Konsuln der einzelnen Bundesstaaten kann ein gleiches Bedürfniß nicht anerkannt werden. Gesandte der Einzelstaaten sind in den in Betracht kommenden Ländern nur in geringer Zahl vorhanden. Das Konsulatswesen der Einzelstaaten ist durch Art. 56 der Reichsverfassung erheblich beschränkt, da im Amtsbezirke der Deutschen Konsuln neue Landeskonsulate nicht errichtet werden dürfen. Das vorerwähnte Schreiben des Auswärtigen Amtes regt denn auch die Aufnahme von Vorschriften nur in Ansehung derjenigen Funktionäre an, welche ihr Einkommen aus Reichsmitteln beziehen.

Die Vorschriften folgen im Wesentlichen den §§ 2, 5 des bezeichneten preuß. Ges., nur sind dieselben den Verhältnissen des Reiches und den übrigen Vorschriften des Entwurfes angepaßt. In Ansehung der Vollendung der Errichtung mit der Absendung wird Gewicht gelegt nur auf die Absendung, nicht, wie im preuß. Ges. v. 1823, auf gewisse Arten der Uebersendung (Satz 3). Dies erscheint zweckmäßig, weil es bedenklich sein würde, durch Beschränkung auf einige Arten der Uebersendung das Ergebniß herbeizuführen, daß durch die Wahl einer anderen Art der Uebersendung der zur Gültigkeit der Verfügung erforderlichen Form nicht genügt wird. Dahingestellt bleiben kann, ob das preuß. Ges. in diesem Sinne zu verstehen ist. Sollte eine bestimmte Art der Uebersendung von Bedeutung erscheinen, so genügt eine im Instruktionswege den betreffenden Personen zu ertheilende Anweisung, welche sich als Ordnungsvorschrift karakterisiren würde.

Art der Absendung.

Die Bezeichnung „Gesandte“ ist ausreichend, um die in Betracht kommenden Kategorieen zu umfassen (vergl. Reichsverfassung Art. 11).

Darüber, wie demnächst mit der letztwilligen Verfügung solcher Personen zu verfahren ist, bestimmt der § 1932 Abs. 3.

Ablehnung einer Erleichterung der Form für gewisse andere Fälle.

Für gewisse Anordnungen mit Rücksicht auf deren beschränkten Inhalt eine Erleichterung der Form zu gewähren, ist nicht erforderlich, obschon solche Erleichterungen einigen geltenden Rechten entsprechen würden.

Es gehören dahin:

Begräbniß.

I. Anordnungen über das Begräbniß des Verfügenden[1]). Solche Anordnungen kommen nur insofern in Betracht, als sie eine Auflage enthalten. Für die Zulassung einer Erleichterung der Form, und zwar der holographischen Form, läßt sich geltend machen, daß der Zweck der Anordnung deshalb mit Hülfe der ordentlichen Testamentsform sich nicht erreichen lasse, weil die Ver-

[1]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 169 mit § 162; hess. Entw. Art. 99 mit 98.

kündung des Testamentes und damit die Feststellung, daß eine derartige Auflage vorliege, selten so schnell werde erfolgen können, daß deren Befolgung ausführbar sei, daß hingegen eine Anordnung in holographischer Form die mit der Auflage Beschwerten sofort nach dem Tode des Verfügenden über ihre Pflichten unterrichten werde. Allein diese Gründe erscheinen nicht ausreichend. Die Ausführung der auf das Begräbniß des Erblassers sich beziehenden Anordnungen zu erzwingen, wird kaum jemals möglich sein. Die Ausführung wird im Wesentlichen stets von der Pietät der Hinterbliebenen abhängen, ohne daß es auf die verbindende Kraft der letztwilligen Anordnung ankommen kann. Auch kann eine auf das Begräbniß sich beziehende Anordnung unter Umständen höchst beschwerlicher Art und ihre Befolgung mit unverhältnißmäßigen und beträchtlichen Kosten verbunden sein. Es würde mißlich sein, in solchen Fällen die Anordnung in Ansehung der Form von der allgemeinen Regel auszunehmen. Dieses gewichtige Bedenken nöthigt dazu, alle Anordnungen über das Begräbniß der allgemeinen Regel zu unterwerfen. Dies kann um so anstandsloser geschehen, als erfahrungsmäßig derartige, selbst formlos getroffene Anordnungen von den Hinterbliebenen aus Rücksichten der Pietät gewissenhaft ausgeführt zu werden pflegen, sofern nur die dadurch verursachten Kosten nicht unverhältnißmäßige sind.

Auseinandersetzung.

II. Anordnungen über die Auseinandersetzung der Erben. Für solche gewähren eine Formerleichterung das gemeine Recht und viele sich anschließende Rechte[1]), auch das preuß. A. L. R. I, 12 § 170 und II, 2 §§ 378 ff. Der code civil Art. 1075 ff. bestimmt keine Formerleichterung.

Einige Rechte lassen ferner ein privilegirtes Testament oder Kodizill der Aszendenten für Zuwendungen an ihre Deszendenten zu. So insbesondere das gemeine Recht und viele ihm folgende Rechte, zum Theil mit Ausdehnung auf den Ehegatten[2]).

Für das sog. testamentum parentum inter liberos eine erleichterte Form zuzulassen, fehlt es an zureichenden Gründen. Eine solche letztwillige Verfügung unterscheidet sich ihrem Inhalte nach nicht wesentlich von anderen Testamenten. Soweit dasselbe anerkannt ist, bestehen zudem erhebliche Streitfragen, sowohl in Ansehung der Voraussetzungen, als in Ansehung der Wirkungen[3]).

Wird für das testamentum parentum inter liberos eine Formerleichterung nicht gewährt, so müßte ein dringendes praktisches Bedürfniß vorliegen, wenn die sog. divisio parentum inter liberos anders behandelt oder auch nur zugelassen

[1]) Windscheid § 628, insbesondere Anm. 13; Roth § 306 Anm. 69 ff.; Stobbe § 304 Anm. 47; für württemb. Recht Stein § 61; sächs. G. B. §§ 2115 ff., 2595; Mommsen §§ 82, 83. — Für das gemeine Recht ist streitig, ob das Privileg sich auf die Theilung unter den gesetzlichen Erben beschränkt.

[2]) Windscheid § 544 Nr. 4; Brinz § 369; Roth § 304 Anm. 80 ff., § 306 Anm. 63—65; für württemb. Recht Stein §§ 59—61; sächs. G. B. §§ 2115, 2116, 2595; lüb. Ges. v. 1865 Art. 8; u. A. — In Ansehung des preuß. A. L. R. vergl. Dernburg § 116 bei Anm. 3 ff.; Mommsen's Mot. S. 196, — dazu aber Eccius § 249 Anm. 99.

[3]) Vergl. Seuffert's Archiv 2 Nr. 68, 70, 71 und 200; 17 Nr. 261.

werden sollte, daß der Erblasser, welcher von seinen Abkömmlingen oder von seinem Ehegatten oder von beiden gemeinsam beerbt wird, in erleichterter Form bestimmen könne, in welcher Weise jeder Betheiligte den ihm zukommenden Werthbetrag seines Erbbruchtheiles zu erhalten habe. Ein Bedürfniß zu einer derartigen Erleichterung der Testamentsform liegt gegenüber dem Entwurfe überall nicht vor. Würde aber eine erleichterte Form in dieser beschränkten Weise zugelassen, so würde häufig Streit und Ungewißheit darüber entstehen, ob eine einfache Theilungsanordnung oder eine Zuwendung, welche nur in der Form des ordentlichen Testamentes gewährt werden kann, vorliegt. Im Erfolge würde damit auch sehr wenig erreicht, wenn die Veranschlagung des Werthes eines überwiesenen Gegenstandes seitens des Verfügenden ausgeschlossen bleibt. Letzteres aber kann nicht gestattet werden, wenn dadurch nicht die Erbbruchtheile verändert werden sollen. Noch weniger kann zugelassen werden, daß der Verfügende in erleichterter Form über die Ausgleichungspflicht in Ansehung des Vorempfangenen bestimme; denn eine solche Anordnung kann weit über den Begriff einer Theilungsanordnung hinausgehen und tief in das gesetzliche Erbrecht eingreifen.

Ernennung eines Testamentsvollstreckers.

III. Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers[1]). Nachdem der Entwurf in den §§ 1889 ff. dem Vollstrecker ausgedehnte Befugnisse beigelegt hat, erscheint es nicht zulässig, die in der ordentlichen Testamentsform liegenden Garantieen für eine so wichtige Anordnung zu mindern. Dies würde auch kaum im Einklange stehen mit den Vorschriften des § 1916 Abs. 2 und mit der Auffassung, auf welcher der § 1927 Abs. 2 beruht (vergl. S. 284).

Gewisse familienrechtliche Anordnungen.

IV. Gewisse familienrechtliche Anordnungen, z. B. Ernennung als Vormund, als Mitglied des Familienrathes u. s. w. Dem gemeinen Rechte genügt wenigstens Kodizillarform[2]). Die Auffassung kann vertreten werden, es seien diejenigen Anordnungen in erleichterter Form zuzulassen, welche nicht unmittelbar eine Zuwendung enthalten, also etwa die Verfügungen des in den §§ 1510, 1538 Abs. 1, §§ 1636, 1640, 1647 Abs. 4, §§ 1660, 1693, 1695, 1718, 1738, 1745 bezeichneten Inhaltes, dagegen sei für die in den §§ 1287, 1347, 1351 Nr. 3, §§ 1415, 1517 bezeichneten Verfügungen wegen ihrer sehr erheblichen vermögensrechtlichen Wirkung die ordentliche Testamentsform zu erfordern. Allein auch in Ansehung der erstgedachten Verfügungen überwiegen die Gründe gegen die Aufnahme einer Ausnahmevorschrift. Jene Verfügungen lassen sich zutreffender als solche familienrechtliche Anordnungen karakterisiren, zu welchen der Verfügende befugt ist, nicht als das Subjekt seines Vermögens, über welches er zu Gunsten der Bedachten bestimmt, sondern vielmehr wegen seiner familienrechtlichen Stellung als Vater u. s. w., durch welche

[1]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 557; Reskr. v. 19. Mai 1804 (Rabe, Samml. Bd. 8 S. 61); wegen der streitigen Auslegung vergl. Eccius § 255 Anm. 53, Dernburg § 165 Anm. 1; Mommsen § 180; hess. Entw. Art. 98, 99, aber auch 204.

[2]) Windscheid § 628 Anm. 1; Roth § 112 Anm. 14 ff.; württemb. R. bei Stein § 155; hess. Entw. Art. 98, 99. Neben dem preuß. A. L. R. I, 12 § 169 kommt die preuß. Vorm. O. v. 1875 § 17 Abs. 2 (vergl. daselbst §§ 21 Nr. 6, 26 Abs. 2, 35 Abs. 3, 47, 57 Abs. 1, 59 Abs. 1, 60 Abs. 2, 70, 72) in Betracht.

er zur Fürsorge und zu Schutzmaßregeln berechtigt und verpflichtet ist. Das Hauptbeispiel ist die Ernennung eines Vormundes. Alle jene Verfügungen unterscheiden sich wesentlich von den sonstigen erbrechtlichen Anordnungen. Mit denselben haben sie nur das gemeinsam, daß sie vor dem Eintritte des Todes des Verfügenden keinen unwiderruflichen Bestand haben und erst mit dem Eintritte des Erbfalles ihre Wirksamkeit entfalten. Wegen dieses Umstandes und wegen der Wichtigkeit jener Anordnungen ist im Familienrechte bestimmt, daß dieselben durch letztwillige Verfügungen zu treffen sind. Hiernach sind sie, soweit nicht ein Anderes vorgeschrieben wird, auch in Ansehung der Form den Erfordernissen der letztwilligen Verfügung unterworfen. Für eine Erleichterung der Form spricht zwar, daß Anordnungen der bezeichneten Art in allen Fällen, in welchen eine Gefahr für den Betheiligten sich ergeben kann, von dem Vormundschaftsgerichte dem Erfolge nach beseitigt werden dürfen, und daß eine Fälschung solcher holographischen Anordnungen wegen des Mangels eines vermögensrechtlichen Interesses Dritter kaum zu besorgen ist. Andererseits kommt jedoch in Betracht, daß die dem Vormundschaftsgerichte eingeräumten Befugnisse die Gefährdungen, welche mit solchen familienrechtlichen Anordnungen verbunden sein können, nicht völlig zu beseitigen vermögen, und daß insbesondere die Einräumung der Stellung als befreiter Vormund immerhin von einschneidender Bedeutung bleibt. Ferner ist zu berücksichtigen, daß die strengere Form der Anordnung nicht allein in Ansehung der Echtheit der Verfügung, sondern auch nach anderen Richtungen Vortheile bietet, so insbesondere den, daß die Verfügung sorgfältig erwogen und der Wille endgültig zum Abschlusse gelangt ist.

Vermächtnisse von geringem Betrage.

V. Vermächtnisse von geringem Betrage, Oralfideikommisse, Nachzettel.

Der Entwurf, welcher die gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen Testament und Kodizill nicht kennt und einer solchen Unterscheidung nach Aufgebung des Grundsatzes „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest“ nicht bedarf, vergl. § 1790, hat weder eine erleichterte Form für Vermächtnisse geringeren Betrages, noch für Oralfideikommisse, noch für codicilli testamento confirmati und die sog. Nachzettel[1]) zugelassen.

Soweit im geltenden Rechte für Vermächtnisse geringen Betrages eine Formerleichterung gewährt ist, bestehen Schwierigkeiten und Streitfragen in großem Umfange[2]). Die Erleichterung der Form bietet wenig Sicherheit und reizt zur Unterdrückung der Urkunde und zur Fälschung. Zudem handelt es sich um relative Größen, welche für den Bedachten oder den Beschwerten je nach Lage der Umstände sehr erheblich sein können. Zweifel darüber, ob die Grenze überschritten sei, erfordern Schätzungen und verwickelte Rechnungen. Die Schwierigkeiten mehren sich, wenn individuell bestimmte Sachen an mehrere

[1]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Windscheid §§ 628—630; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 161—168, Anh. § 34; Mommsen §§ 337, 338; hess. Entw. Art. 99, — für Oralfideikommisse insbesondere preuß. A. L. R. I, 12 §§ 172—174, sächs. G. B. §§ 2384 ff., — für die sog. Nachzettel des preuß. A. L. R. Anh. § 35 zu I, 12 § 162, Dernburg § 118, Eccius § 244.

[2]) Vergl. z. B. Dernburg § 117.

Personen vermacht sind. Der Vortheil der Kostenersparniß (Motive des preuß. Entw. von 1835 S. 126) ist gegenüber solchen Bedenken keine maßgebende Empfehlung. Gewicht kann auch nicht darauf gelegt werden (Mommsen's Mot. S. 360, 361), daß der Erblasser vielleicht schon über die Erbeinsetzung, aber noch nicht über Vermächtnisse, z. B. für treue Diener, schlüssig war. Schließlich spricht gegen die Zulassung, daß in Ansehung des Verhältnisses solcher Verfügungen zu einem später errichteten Testamente Zweifel sich ergeben können.

Oralfideikommiß.

Das sog. Oralfideikommiß (fideicommissum heredi praesenti injunctum) gilt zwar in einem großen Theile von Deutschland und es ist noch neuerdings vertheidigt von Sonnenschmidt, neue prakt. Erörter. 1877 S. 34 ff. Verworfen ist dasselbe bereits von dem code civil, dem österr. G. B., Mommsen und dem hess. Entw.[1]). Ein praktisches Bedürfniß, von der Form ganz abzusehen, läßt sich nicht anerkennen. Manche Personen mögen gerade in den letzten Lebenstagen zu derartigen Aeußerungen gegenüber einem Erben sich angeregt finden. Bei solchen Aeußerungen bleibt es indessen oft zweifelhaft, ob es sich nicht lediglich um einen Wunsch oder einen guten Rath handelt. Dem Gewissen des Hörers zu überlassen, zu unterscheiden zwischen dem Wunsche und einer ihn verpflichtenden Anordnung, ist für eine Rechtsvorschrift nicht rathsam. Auch dieses Institut ist da, wo es besteht, reich an Streitfragen[2]). Das preuß. A. L. R. begrenzt die Zulässigkeit auf den zwanzigsten Theil der Erbportion; durch diese Begrenzung treten alle Bedenken hinzu, welche für Vermächtnisse geringen Betrages hervorgehoben sind.

Nachzettel.

Gegen eine Formerleichterung für Zuwendungen, welche eine Erbeinsetzung nicht enthalten, spricht schon, daß eine solche Zuwendung unter Umständen von weit größerer Bedeutung sein kann als eine Erbeinsetzung. Dieser Umstand spricht entscheidend gegen die codicilli testamento confirmati und die aus diesen wohl hervorgegangenen Nachzettel des Anh. § 35 zum preuß. A. L. R. Die Bedenken gegen solche Nachzettel können nicht schärfer ausgesprochen werden, als bereits von Suarez in den Jahrb. Bd. 41 S. 76 geschehen ist. Vergl. ferner Mommsen's Mot. S. 361. Weiter treten hinzu alle Gründe, welche gegen eine Formerleichterung für Vermächtnisse geringeren Betrages sprechen. Der Umstand, daß Nachzettel im Gebiete des preuß. A. L. R. sehr häufig sind, und daß der Vorbehalt für Nachzettel daselbst zu einer stehenden Klausel geworden ist, sodaß die Gültigkeit von einer nichtssagenden Förmlichkeit abhängig geworden ist, kann nicht von entscheidender Bedeutung sein für die Aufnahme des dem code civil, dem österr. G. B. (Unger § 56 Anm. 3) und dem hess. Entw. unbekannten Institutes.

Ergänzung von Anordnungen.

VI. Ergänzungen von Anordnungen, welche im Testamente enthalten sind. Solche Ergänzungen in Ansehung der Person des als Erbe oder Vermächtnißnehmer Bedachten, des Beschwerten, des Gegenstandes, der Modalitäten,

---

[1]) Zachariae § 642; Unger § 20 Anm. 11, § 56 Anm. 2; Mommsen's Mot. S. 361.

[2]) Vergl. Seuffert's Archiv 5 Nr. 38, 7 Nr. 68, 8 Nr. 72, 17 Nr. 267, 18 Nr. 96, 33 Nr. 239; sächs. Z. f. R. 32 S. 93, 34 S. 437; u. A.

auf welche als anderweit kundgegeben hingewiesen ist (institutio mystica), erklären für mehr oder minder formfrei das gemeine Recht[1]) und das sächs. G. B. §§ 2084, 2085. Das württemb. Recht gestattet sogar (Stein §§ 51, 55), den ganzen Inhalt des Testamentes von dem Testirakte zu trennen oder doch nur hinweisungsweise damit zu verbinden, indem dem Verfügenden die Befugniß beigelegt ist, in öffentlicher Form oder in Privatform zu erklären, daß der von ihm selbstgeschriebene, bei einem gewissen Gerichte oder Gemeinderathe hinterlegte Aufsatz als sein letzter Wille angesehen werden soll. Das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 47, 48 gestattet dem Verfügenden, die Person des Erben oder Vermächtnißnehmers durch bloße Bezugnahme auf einen anderen Aufsatz zu bezeichnen, der Aufsatz muß aber dem Testamente selbst, allenfalls besonders versiegelt, beigelegt werden[2]). Dem code civil und dem hess. Entw. sind derartige Vorschriften unbekannt[3]).

Eine Einrichtung zuzulassen, welche den Zweck der Formvorschriften völlig vereiteln muß, fehlt es an zureichenden Gründen. Werden Beschränkungen hinzugefügt, wie sie das preuß. A. L. R. bestimmt, so hat die Einrichtung kaum einen Werth, nachdem die Uebergabe einer verschlossenen Urkunde gestattet ist (§ 1918). Bleibt unzuverlässig, welches die Anordnungen des Erblassers sind, insbesondere ob die an dritter Stelle befindliche Urkunde diejenige ist, welche gemeint war, so betreffen die Formvorschriften eine hinweisende Urkunde; für die in Bezug genommene Urkunde fehlt es an den Garantieen, welche erreicht werden sollen.

Eine besondere Vorschrift, daß der Inhalt einer letztwilligen Verfügung nicht durch Bezugnahme auf eine anderweit abgegebene Willenserklärung des Erblassers bestimmt werden kann, insbesondere nicht durch Bezugnahme auf eine Schrift, sofern nicht diese Schrift nach Maßgabe der §§ 1918, 1925 übergeben wird, ist jedoch entbehrlich. Die Unzulässigkeit des sog. testamentum mysticum ergiebt sich zur Genüge aus dem § 1918 und kann auch bei Errichtung eines Testamentes nach Maßgabe des § 1927 nicht wohl in Zweifel gezogen werden.

Verbot der gerichtlichen Siegelung.

VII. Das Verbot der gerichtlichen Siegelung und Inventarisation (preuß. A. L. R. II, 18 §§ 372, 373, A. G. O. II, 5 § 7, Vorm. O. v. 1875 § 15) läßt der Entwurf überhaupt nicht zu (vergl. zum § 2058). Eine Formerleichterung hätte daher keinen Zweck.

Testament rc. ad pias causas.

VIII. Das Testament und Kodizill zu frommen Zwecken (ad pias causas)[4]). Um des guten Zweckes willen können Formerleichterungen nicht gegeben werden.

---

[1]) Windscheid § 546 Nr. 3, § 628 a. E.; Roth § 309 Anm. 16, 17.

[2]) Vergl. Dernburg § 121 Anm. 5; Eccius § 251 Anm. 11; — wegen des österr. G. B. Unger § 13 Anm. 8.

[3]) Mommsen § 89 Abs. 2 (dessen Mot. S. 201—203) verlangt ausdrücklich auch für solche Ergänzungen Beobachtung der vorgeschriebenen Form.

[4]) Windscheid § 544 Nr. 5; Roth § 304 Anm. 62 ff., § 306 Anm. 30—32; Stobbe § 304 Anm. 49; für württemb. Recht Stein § 62; holst. Verordn. v. 24. Mai 1754; u. A.

Auf Kosten der Gewißheit und Ernstlichkeit des Willens des Verfügenden kann der Zweck nicht begünstigt werden (vergl. Mommsen's Mot. S. 192).

Katholische Geistliche.

IX. Das Testament oder Kodizill katholischer Geistlichen[1]). Ein Bedürfniß, katholischen Geistlichen in Ansehung der Errichtung letztwilliger Verfügungen eine Formerleichterung zu gewähren, besteht nicht. Keine der neueren Gesetzgebungen enthält Vorschriften dieses Inhaltes.

§ 1932.

C. Verschließung und Verwahrung.

Ob Vorschriften über die Verschließung und Verwahrung der Testamente überhaupt in ein bürgerliches Gesetzbuch gehören, kann zweifelhaft erscheinen. Allein solche finden sich fast in allen neueren Gesetzbüchern.

Verschließung.

Der erste Absatz bestimmt in Ansehung der Verschließung der in ordentlicher Form und der nach Maßgabe des § 1925 errichteten Testamente.

Die Vorschrift entspricht dem preuß. A. L. R. I, 12 §§ 105, 106, dem sächs. Ges. v. 26. Februar 1870 und der württemb. Praxis (württemb. Archiv Bd. 13 S. 266). Der Entwurf entscheidet sich aber, wie das Wort „soll" andeutet, für eine bloße Ordnungsvorschrift, während im Gebiete des preuß. A. L. R. darüber Streit bestand, welche Bedeutung der Vorschrift beiwohnt (vergl. Anh. § 33 zu I, 12 § 139). Da das Rechtsgeschäft als bereits vollendet vorausgesetzt wird, so muß die Nichtbefolgung der Vorschrift ohne Einfluß bleiben auf den Bestand der letztwilligen Verfügung.

Protokollaufschrift.

In Abweichung von der preuß. Praxis wird bestimmt, es sei das über die Errichtung durch Uebergabe einer Schrift aufgenommene Protokoll mitzuverschließen und die Aufschrift nur von dem Richter, Notare oder Gemeindevorsteher zu unterschreiben. Selbstverständlich sind die zu einem Protokolle gehörenden, darin bezeichneten Anlagen als Theile des Protokolles anzusehen.

Dienstsiegel.

Daß die Urkunde mit dem „Dienstsiegel" verschlossen werden soll, wird nicht mißverständlich sein. Das Wort durch den Ausdruck „amtliches Siegel" zu ersetzen (vergl. Str. P. O. § 109), ist nicht geboten. Es ist nicht Aufgabe des Entwurfes zu der Frage Stellung zu nehmen, ob Notare Beamte sind. Durch die Wahl des Ausdruckes würde eine solche Stellungnahme auch kaum erkennbar.

Verwahrung. Geltendes Recht.

In Ansehung der Verwahrung ist das geltende Recht verschieden. In der gemeinrechtlichen Praxis ist Verwahrung des gerichtlichen Testamentes im Gerichtsarchive herkömmlich, aber nicht nothwendig[2]). Die neueren Gesetzgebungen schreiben fast durchweg die gerichtliche Verwahrung des gerichtlichen Testamentes vor[3]). — Nach den Vorschriften einiger Notariatsordnungen wird das

[1]) Roth § 304 Anm. 71—79, § 306 Anm. 35; cölnisches Edikt v. 1783 bei Maurenbrecher I S. 391 Anm. 3.

[2]) Windscheid § 545 Anm. 4.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 112, A. G. O. II, 4 § 8, Deposit. O. vom 15. September 1783 Tit. 1 §§ 87 ff., jetzt Hinterl. O. v. 14. März 1879 §§ 79, 89, 104 und allg. Verf. v. 11. Juli 1879 §§ 3 ff.; bayr. L. R. III, 4 § 2 Nr. 14; für Württemb. Stein §§ 49—51; provis. Ger. O. für Sachsen v. 1865 §§ 2—9; lüb. Ges. v. 1865 § 2—9; österr. G. B. §§ 587, 588; u. A.

notarielle Testament von dem Gerichte verwahrt; viele Gesetze überlassen dagegen auch die Aufbewahrung des notariellen Testamentes den Notaren; nach einigen kann sogar das errichtete Testament dem Verfügenden selbst zugestellt werden[1]).

Entwurf.

Die Vorschrift, daß die verschlossene und mit der Aufschrift versehene Urkunde unverzüglich nach Maßgabe der landesgesetzlichen Vorschriften in Verwahrung gebracht werden soll (Abs. 2), beruht auf der Auffassung, daß die Originalurkunde des errichteten Testamentes niemals dem Verfügenden auszufolgen ist. Es kann zwar nicht der Fortbestand der amtlichen Verwahrung in der Ausdehnung, daß lediglich das thatsächliche Aufhören der Verwahrung das Testament ungültig macht, zum Erfordernisse der Fortdauer der Gültigkeit des errichteten Testamentes gemacht werden. Im öffentlichen Interesse liegt es aber, daß die Testamentsurkunden, welche von Richtern, Notaren oder Gemeindevorstehern aufgenommen sind, in der Verwahrung durch eine Ordnungsvorschrift festgehalten werden. Nur auf diesem Wege läßt sich die Rechtssicherheit, welche durch die Formvorschriften angestrebt wird, in vollem Umfange erreichen. Wird dem Verfügenden gestattet, die Testamentsurkunde selbst zu verwahren, so erlangt er zwar den Vortheil einer Erleichterung des Widerrufes nach Maßgabe des § 1934. Dieser Vortheil tritt jedoch weit zurück gegenüber dem Vortheile der Rechtssicherheit, welcher mit der amtlichen Verwahrung verbunden ist. Die Erreichung dieses letzteren Vortheiles liegt im öffentlichen Interesse. Daher kann auch der Wille des Verfügenden, wenn dieser die mit der eigenen Verwahrung der Testamentsurkunde verbundenen Gefahren auf sich nehmen will, nicht in Betracht kommen. Zudem wird durch die Vorschriften der §§ 1933, 1935 der Zweck angestrebt, dafür zu sorgen, daß die Zurücknahme oder der Widerruf einer getroffenen Verfügung von dem Verfügenden nur in vollständig dispositionsfähigem Zustande und in voller Willensfreiheit nach gehöriger Ueberlegung erfolgen kann. Dieser Zweck wird vereitelt, wenn dem Verfügenden die Möglichkeit gewährt wird, letztwillige Verfügungen jeder Art in seiner Verwahrung zu behalten und dann gemäß dem § 1934 nach seinem Belieben zu zerstören und zu entkräften.

Dagegen enthält sich der Entwurf einer Vorschrift, daß die Testamentsurkunden nur bei den Gerichten zu verwahren seien; er läßt vielmehr mit Rücksicht darauf, daß in Deutschland zur Zeit theils Gerichte, theils Notare mit der Verwahrung betraut sind, dem Landesrechte Raum in dieser Hinsicht zu entscheiden. Vorausgesetzt wird, daß das Landesrecht bestimmen werde, die demnächst eintretende Verwahrung, in welche nach dem zweiten Absatze die Urkunden aus der gewöhnlichen amtlichen Verwahrung (welcher sie von ihrer Entstehung an unterliegen) übergehen sollen, sei eine besonders qualifizirte, strengere, welche die größtmögliche Sicherheit biete. Ein Wechsel in der Person oder Behörde, welcher die Verwahrung übertragen wird, ist regelmäßig nicht erforderlich.

Gesandtentestament.

Der dritte Absatz gestaltet die Art der Verwahrung in Ansehung des Gesandtentestamentes etwas freier. Es besteht kein Anlaß, weiter zu gehen,

[1]) Vergl. Stobbe § 304 Anm. 12; Mommsen § 76 nebst Begründung dazu.

als daß dem Reichskanzler, sofern er nicht selbst die Verwahrung übernimmt, die Einlieferung an eine landesgesetzlich zuständige Stelle ermöglicht und im letzteren Falle die Anwendbarkeit des § 1935 wegen der Zurücknahme herbeigeführt wird.

§ 1933.

III. Aufhebung.

Das geltende Recht läßt zumeist den Widerruf in jeder Form zu, in welcher eine letztwillige Verfügung errichtet werden kann[1]). Einige Rechte erleichtern den Widerruf und insbesondere den Widerruf von Vermächtnissen[2]).

1. Einfacher Widerruf.

Der Entwurf gestattet keinerlei Erleichterung für den Widerruf, verlangt vielmehr, auch in Ansehung der Form, alle Erfordernisse wie für eine positive Verfügung, selbst wenn der Widerruf sich auf einen lediglich verneinenden Inhalt beschränkt. Ist der Widerruf nur die verneinende Kehrseite einer neuen letztwilligen Verfügung, welche über den Nachlaß in einer solchen Weise verfügt, daß mit der positiven Wirksamkeit der neuen Verfügung der Fortbestand der Wirksamkeit der früheren Verfügung nicht vereinbar ist — ein Fall, welchen der § 1936 behandelt —, so ergiebt sich ohne Weiteres, daß diese Art der Aufhebung durch Willenserklärung in ihrer Wirksamkeit von der Erfüllung aller Voraussetzungen abhängt, von deren Erfüllung die neue Verfügung, wenn sie nach ihrer positiven Seite in Betracht gezogen wird, abhängig ist. Dies ergiebt sich schon daraus, daß in einem solchen Falle die positive und die verneinende Seite der neuen Verfügung sich nicht von einander trennen lassen. Ob der Verfügende die verneinende Seite der neuen Verfügung hervorgehoben hat, oder ob die verneinende Wirkung sich erst im Wege der Auslegung erkennen läßt, ist gleichgültig. Hiernach sind für die neue Verfügung nicht nur in Ansehung der Form, sondern auch in Ansehung der Geschäftsfähigkeit des Verfügenden, des Inhaltes der Verfügung u. s. w. dieselben Vorschriften wie für die Errichtung der ersten Verfügung maßgebend. Für den Fall anders zu entscheiden, daß die Verfügung sich auf einen lediglich verneinenden Inhalt beschränkt, erscheint nicht gerechtfertigt. Zwar wäre es nicht zulässig, eine solche Verfügung dahin umzudeuten, daß der Verfügende die sich an die Aufhebung der früheren Verfügung anschließenden Folgen positiv gewollt habe, daß also bei entsprechender Lage des Falles nunmehr die gesetzlichen Erben eingesetzt seien. Vielmehr überläßt in einem solchen Falle der Verfügende nur den Nachlaß demjenigen Schicksale, welches denselben trifft in Ermangelung einer letztwilligen Verfügung oder im Falle des nur theilweisen Widerrufes nach der früheren letztwilligen Verfügung, soweit diese frühere Verfügung nicht widerrufen ist. Aber es kann nicht wohl in Ansehung der Er-

---

1) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 587 ff.; code civil Art. 1035; sächs. G. B. §§ 2212, 2413; österr. G. B. §§ 717, 719; Roth § 337 Anm. 40 ff.; Mommsen §§ 165, 361, 362; hess. Entw. Art. 178 Abs. 1, 2; u. A.

2) Windscheid § 564, namentlich bei Anm. 6—8, § 640; Roth § 337 Anm. 40 bis 54, § 338 Anm. 35 ff.; code civil Art. 1035; sächs. G. B. § 2413; württemb. Recht bei Stein § 91; Eccius § 256 S. 510; Dernburg § 171 Anm. 14—19; u. A.; auch Mommsen § 165 (dessen Mot. S. 251, 374).

forderniſſe des Rechtsgeſchäftes einen Unterſchied machen, ob durch neue Verfügung poſitiv und ſelbſtändig über den Nachlaß verfügt wird oder ob nur Raum geſchaffen wird für das Eingreifen anderweiter Vorſchriften. Die verneinende Wirkung beider Arten von Verfügungen iſt die gleiche. Das Rechtsgeſchäft der letzteren Art muß daher der gleichen Beurtheilung unterliegen wie das der erſteren Art, wenngleich in einem Widerrufe, welcher nur den Erfolg hat, daß die geſetzliche Erbfolge eintritt, eine letztwillige Verfügung in dem ſonſt üblichen Sinne nicht zu finden iſt.

Der bloße Widerruf iſt für die Erbfolge nicht minder wichtig, wie die Einſetzung, zumal in Folge eines theilweiſen Widerrufes der ohne Beſchränkung auf einen Bruchtheil eingeſetzte Miterbe nach dem § 1789 der alleinige Erbe werden kann. Beſondere Erleichterungen für den Widerruf der Vermächtniſſe zu geben, wäre ſchon deshalb nicht rathſam, weil unter Umſtänden Vermächtniſſe die ganze Erbſchaft aufzehren können. Darauf Gewicht zu legen, daß der Verfügende nur zu demjenigen zurückkehren wolle, was das Geſetz für das im Allgemeinen Richtige und den Verhältniſſen Entſprechende erklärt hat (Mommſen S. 251), erſcheint ſchon deshalb unzuläſſig, weil dies für den theilweiſen Widerruf nicht paßt und weil darin eine Bevorzugung der geſetzlichen Erbfolge hervortritt, von welcher der Entwurf ſich fern hält.

Widerruf von Vermächtniſſen.

Die Verweiſung im erſten Abſatze auf die Vorſchriften über die Errichtung letztwilliger Verfügungen, nicht lediglich auf entſprechende Anwendung dieſer Vorſchriften, ſtellt klar, daß die Aufhebung einer letztwilligen Verfügung durch Willenserklärung gleichfalls eine letztwillige Verfügung iſt, und daß der Begriff der letztwilligen Verfügung nicht auf Verfügungen poſitiven Inhaltes zu beſchränken iſt (vergl. § 1755 Abſ. 2).

Widerruf in Nothteſtamenten.

Nicht erforderlich iſt, hervorzuheben, daß in Anſehung des lediglich verneinenden Widerrufes auch die Formerleichterungen des Nothteſtamentes, ſofern deſſen Vorausſetzungen vorliegen, Anwendung finden. Dies verſteht ſich in Ermangelung einer beſchränkenden Vorſchrift ebenſo von ſelbſt, wie daß die Vorſchriften über Nothteſtamente vollſtändig Anwendung finden, alſo insbeſondere hinſichtlich der zeitlich beſchränkten Wirkſamkeit.

Widerruf des Widerrufes.

Die verdeutlichende Vorſchrift des zweiten Abſatzes, daß die widerrufene Verfügung durch den Widerruf des Widerrufes nicht wiederhergeſtellt wird, bringt nur eine Folge davon, daß der Widerruf eine letztwillige Verfügung im eigentlichen Sinne nicht iſt, zum Ausdrucke. Die letztwillige Verfügung im ſtrengeren Sinne wirkt nur dann, wenn der Verfügende bei ſeinem darin niedergelegten Willen bis zum Tode beharrt hat. Dies trifft bei dem Widerrufe nicht zu, derſelbe wirkt ſofort. Der Widerruf des Widerrufes allein kann alſo die frühere letztwillige Verfügung nicht wieder zur Geltung bringen. Dagegen bleiben die Vorſchriften, welche nicht auf die weſentliche Widerruflichkeit, ſondern auf andere Umſtände, z. B. auf Willensmängel des Erklärenden, oder auf deſſen Geſchäftsunfähigkeit u. ſ. w. ſich gründen, und welche aus anderen Rückſichten eine Unwirkſamkeit der letztwilligen Verfügung und Herſtellung des früheren Rechtszuſtandes zur Folge haben, wirkſam. Eine Umdeutung des Widerrufes des Widerrufes in eine poſitive Verfügung, welche die frühere letztwillige Verfügung wieder zu Kräften bringt, iſt ſchon deshalb

ausgeschlossen, weil diese Ergänzung des Testamentsinhaltes zu einem von dem Entwurfe abgelehnten testamentum mysticum (vergl. oben S. 293, 294) führen würde. Gegen eine solche nicht unbedenkliche Umdeutung kraft positiver Vorschrift (vergl. preuß. A. L. R. I, 12 §§ 566, 567) spricht der Umstand, daß es in dem in Rede stehenden Falle an einem klaren und vollständigen Willensausdrucke fehlt. Es ist nicht rathsam, durch eine positive Ausnahmevorschrift zu befördern, daß derartige, an einer gewissen Undeutlichkeit leidende Erklärungen abgegeben werden, insbesondere dann, wenn die Aufhebung der früheren Verfügung nachweisbar ist. Das Gleiche muß auch dann gelten, wenn im Augenblicke des Widerrufes des ersten Widerrufes ein dem Fortbestande der aufgehobenen letztwilligen Verfügung entsprechender Zustand (also Unversehrtheit des in holographischer Form oder vor Zeugen errichteten Testamentes, amtliche Verwahrung des in ordentlicher Form oder nach dem § 1925 errichteten Testamentes) noch fortdauert und der Wille des Verfügenden auf eine solche Wiederherstellung geht. In diesem Falle würde gleichfalls eine Umdeutung nöthig sein. Ist die verwahrte Widerrufserklärung zurückgenommen (§ 1934), so wird schon der Inhalt der zurückgenommenen Urkunde wahrscheinlich überhaupt unbekannt sein und muß der Widerruf deshalb ohne Wirkung bleiben.

Abweichend bestimmt das gemeine Recht[1]) und das württemb. Recht (Stein § 91 Zusatz zu 3), im Wesentlichen übereinstimmend das preuß. A. L. R. I, 12 § 582 („wenn es nicht sonst auf eine rechtsbeständige Art widerrufen ist") und der hess. Entw. Art. 177 Abs. 2.

§ 1934.

2. Vernichtung der Urkunde 2c.

Nach dem Grundsatze des § 1933 Abs. 1 erheischt der einfach verneinende Widerruf zu seiner Wirksamkeit die Testamentsform. Hiervon wird eine Ausnahme gemacht, falls der Erblasser vorsätzlich und mit dem Willen, die Verfügung aufzuheben, die Urschrift der Testamentsurkunde vernichtet oder an der Urschrift solche Veränderungen vornimmt, durch welche der Wille der Aufhebung einer schriftlichen Willenserklärung ausgedrückt zu werden pflegt (Abs. 1)[2]).

Die Vorschrift beschränkt sich nicht auf die Fälle der §§ 1927, 1929, nimmt also die Fälle nicht aus, in welchen in ordentlicher Form oder vor einem Gemeindevorsteher oder im Wege des Gesandtentestamentes letztwillig verfügt ist, obschon in den übrigen Fällen die Testamentsurkunden in amtlicher

---

[1]) Windscheid § 565 Anm. 7.

[2]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Windscheid § 564 Anm. 8; Roth § 337 Anm. 55—60; für württemb. Recht Stein § 91 Nr. 2; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 563, 596, Eccius § 256 Anm. 40, Dernburg § 171 Anm. 17; sächs. G. B. §§ 2219—2221; für franz. Recht Zachariae § 725; Mommsen § 166 (dessen Mot. S. 251, 252); hess. Entw. Art. 184; hamb. St. R. III, 1 Art. 37; frankf. Ref. VI, 2 § 1, aber auch IV, 7 § 3; u. A.

Verwahrung sich befinden, und obschon sie nach dem § 1935 regelmäßig aus dieser Verwahrung nur gelangen sollen, wenn der Verfügende deren Ausfolgung verlangt, dann aber an den Empfang seitens des Verfügenden die im § 1935 angegebenen Folgen sich knüpfen. Möglich ist immerhin, daß auch in den übrigen Fällen der Verfügende den Gewahrsam der Urkunde oder die Gelegenheit, über die Urkunde zu verfügen, erlangt. Trifft diese Voraussetzung zu, so soll der § 1934 Anwendung leiden, selbst wenn den Verfügenden der Vorwurf treffen sollte, rechtswidrig gehandelt zu haben. Es würde etwas Anomales darin liegen, wenn dem außerhalb der Willenserklärung liegenden, die inneren Gründe für die Wirksamkeit der Willenserklärung nicht berührenden Delikte in dieser Hinsicht eine besondere Bedeutung beigelegt würde. Dazu kommt, daß nach Vernichtung oder Beschädigung der Originalurkunde durch den Verfügenden, wenn die Fortdauer der Gültigkeit des Testamentes vorgeschrieben würde, Beweisschwierigkeiten sich ergeben würden und Streitigkeiten, deren Ausgang sich nicht übersehen läßt, nicht zu vermeiden wären. Endlich kommt in Betracht, daß es sich um seltene Fälle handelt, und daß, wenn das Gesetz von dieser Unterscheidung absieht, eine einfachere Gestaltung sich ergiebt.

Militärtestamente.

Die Vorschrift umfaßt auch die Militärtestamente. Das R. Ges. v. 2. Mai 1874 handelt nicht von dem Widerrufe solcher Testamente, insbesondere nicht von dem durch Zerstörung der Urkunde. Es schreibt ferner nicht vor, daß die Urkunden zur Verwahrung eingeliefert werden müssen. Wohl aber kennt es den Fall, daß eine Urkunde der vorgesetzten Militärbehörde zur Verwahrung überliefert ist (§ 44 Nr. 4). Daß in dieser Richtung die Vorschriften des Entwurfes dann, wenn der Verfügende die Testamentsurkunde zerstört oder aus der Verwahrung zurückverlangt, eingreifen, erscheint nur angemessen.

Erfordernisse der Handlung.

Hervorgehoben wird, es müsse vorsätzlich und mit dem Willen der Aufhebung gehandelt sein. Beides ist neben einander aufzuführen. Zwar kann eingewendet werden, derjenige, welcher mit dem Aufhebungswillen handele, handele auch vorsätzlich. Aber die Richtigkeit dieses Einwandes läßt sich bestreiten und jedenfalls ist jener Satz nicht unbedingt richtig. „Vorsätzlich" allein genügt nicht, weil in dem Vorsatze nicht nothwendig der Aufhebungswille enthalten ist.

Form des Aufhebungswillens.

In Ansehung der Erscheinungsform des Aufhebungswillens werden solche von dem Verfügenden an der Urkunde vorgenommene Handlungen verlangt, denen der objektive, aus dem gemeinen Verständnisse sich ergebende Sinn unterliegt, daß die schriftliche Erklärung damit widerrufen sein soll. Zugleich ist davon auszugehen, daß in der Vernichtung der Urkunde der Widerruf des gesammten Inhaltes der Urkunde zu finden ist. Von dem § 1933 wird in dieser Hinsicht deshalb eine Ausnahme gemacht, weil es nicht für angemessen erachtet werden kann, dem Willen des Verfügenden, wenn der letztere an der in seiner thatsächlichen Macht befindlichen Urkunde Vernichtungshandlungen oder diesen gleichzustellende Veränderungen vorgenommen hat, die aufhebende Wirkung zu versagen. Anderenfalls würde der Erfolg herbeigeführt, daß, im Widerspruche mit dem Willen des Verfügenden, die Wirkungen der Testamentserrichtung fortdauern, obwohl die Urkunde von dem Verfügenden

zerstört oder in ihrem Zustande dergestalt geändert ist, daß sie ihren früheren Inhalt verloren hat. Schon die in einem solchen Falle sich ergebenden Beweisschwierigkeiten machen es bedenklich, gegenüber dem an den Tag gelegten Willen des Verfügenden einen strengen Formalismus durchzuführen. Daß die Ergebnisse eines solchen Formalismus nicht haltbar sind, zeigt sich am deutlichsten bei dem holographischen Testamente. Der Entwurf verzichtet aber nicht völlig auf jede Form; er verlangt, daß der Aufhebungswille in einer bestimmten Weise zu Tage trete. Die Erscheinungsform des Aufhebungswillens, welche erfordert wird, ist nach objektiven Merkmalen bezeichnet. Die Aufführung von Beispielen (zerstören, durchstreichen, durchreißen, zerschneiden, austilgen oder unleserlich machen u. dergl.) würde, weil sie die Fälle nicht erschöpft, nicht genügen. Von einer gänzlichen oder theilweisen Zerstörung zu reden, geht nicht an, weil ein solcher Ausdruck nicht korrekt sein würde.

Ob die Willensäußerung, welche in den an der Urkunde vorgenommenen Handlungen liegt, als eine ausdrückliche oder als eine stillschweigende Willenserklärung aufzufassen ist, kann dahingestellt bleiben.

Persönliches Handeln.

Daß eine persönliche Handlung des Verfügenden erforderlich ist, ergiebt sich auch ohne eine besondere Vorschrift (§ 1913) und daraus, daß die Handlung für den Willen schlüssig sein muß. Die Vertretung im Willen ist demgemäß ausgeschlossen. Die Frage aber, inwieweit eine eigene Handlung des Verfügenden vorliegt, wenn er sich zur Zerstörung oder Aenderung der Urkunde einer fremden Hand bedient hat, bedarf keiner besonderen Entscheidung im Gesetze. Das Handeln durch ein Instrument (Motive zum Allg. Th. S. 223) ist für den vorliegenden Fall nicht ausgeschlossen und fällt nicht unter den Begriff einer Vertretung in der Erklärung. Eine Verdeutlichung in dieser Richtung ist entbehrlich. Die Aufnahme einer dies zum Ausdrucke bringenden Vorschrift würde nicht nur besonders schwierig sein, sondern auch leicht dem Mißverständnisse Vorschub leisten, es sei in diesem Falle Vertretung im wahren Sinne, d. h. im Willen, zugelassen.

Theil-Aufhebung.

Selbstverständlich ist, daß die Willensaufhebung sich auf einen Theil des in der Testamentsurkunde niedergelegten Willens beziehen kann. Dies bedarf einer Hervorhebung nicht, soweit eine solche nicht schon in dem ersten Absatze zu finden sein möchte.

Vermuthungen.

Der zweite Absatz fügt die doppelte Vermuthung bei, daß der Erblasser, welcher gehandelt hat, vorsätzlich gehandelt habe, und daß der Erblasser, welcher vorsätzlich gehandelt hat, auch mit dem Willen der Aufhebung gehandelt habe. Ob nicht die erste Vermuthung schon daraus sich ergiebt, daß, wenn äußerlich die Handlung einer Person vorliegt, die Ausnahmezustände des Irrthumes, der Geschäftsunfähigkeit ꝛc. von demjenigen bewiesen werden müssen, welcher dieselben behauptet (vergl. § 194), und ob nicht auch die zweite Vermuthung daraus sich herleiten läßt, daß bei einer jeden Erklärung deren objektiver Sinn so lange Geltung haben muß, als nicht subjektive Abweichungen des Willensinhaltes des Erklärenden dargethan sind, kann auf sich beruhen. Jedenfalls gebietet das praktische Bedürfniß, diese Vermuthungen aufzustellen. Sonst würde nach den Vorschriften des ersten Absatzes die Annahme nahe liegen,

daß das Gesetz den Beweis der Thatsachen, auf welche die Vermuthung sich bezieht, verlange; dieser Beweis ist aber meistens sehr schwer, wenn überhaupt, zu erbringen.

Dagegen ist keine Vermuthung dafür aufgestellt, daß der Verlust oder der gegenwärtige Zustand der Urkunde, welche sich in der Inhabung des Erblassers befand, auf eine Handlung des Erblassers zurückzuführen ist. Eine allgemeine Vermuthung für die ursächliche Beziehung zwischen dem Nichtvorhandensein der Urkunde und einer Thätigkeit des Verfügenden läßt sich nicht rechtfertigen. Eher könnte noch angenommen werden, der Zustand, in welchem eine Urkunde vorgefunden wird, welche sich bis zum Tode des Verfügenden in dessen Hand befand, sei auf Handlungen des Verfügenden zurückzuführen. Indessen auch dies würde nicht selten noch zu weit gehen. Es verdient deshalb den Vorzug, in beiden Richtungen der freien richterlichen Beweiswürdigung Raum zu lassen.

§ 1935.

3. Herausgabe aus der amtlichen Verwahrung.

Einen ganz anderen juristischen Karakter als die Vorschrift des § 1934 hat der § 1935, nach welchem der an den Erblasser selbst auf dessen Verlangen erfolgten Herausgabe der Testamentsurkunde aus der amtlichen Verwahrung die Bedeutung beigelegt wird, daß die letztwillige Verfügung als widerrufen gilt. Der Aufhebungswille ist nicht erforderlich; ein wirklicher Widerruf liegt sogar vielleicht gar nicht vor, weil der Aufhebungswille nicht vorhanden war.

Erfordert wird ein genau bestimmter Thatbestand, nämlich, daß der Verfügende die Herausgabe der in amtlicher Verwahrung befindlichen Testamentsurkunde verlangt und daß die Herausgabe an ihn persönlich erfolgt. Die Empfangnahme der Urkunde hat die Wirkung des Widerrufes. Sowohl das Rechtsgeschäft des Antrages auf Herausgabe, als das Rechtsgeschäft der Empfangnahme der Urkunde kann wegen eines Willensfehlers, wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit, Verwechselung der zurückgegebenen Urkunde mit einer anderen Urkunde u. s. w. nichtig sein. Der Mangel des Aufhebungswillens bleibt jedoch unerheblich.

Bei dem in amtlicher Verwahrung befindlichen Testamente besteht ein Interesse des Verfügenden, die Testamentsurkunde unter gleichzeitiger Aufhebung der Verfügung zurückzuerlangen, sei es um anderweit zu verfügen, sei es um das Kundwerden des Inhaltes jener Urkunde zu verhüten. Deshalb ist bestimmt (Satz 1), daß die Urschrift der Urkunde herauszugeben sei. In Uebereinstimmung mit dem in großen Rechtsgebieten geltenden Rechte (vergl. z. B. preuß. A. L. R. I, 12 §§ 565—567; bayr. L. R. III, 4 § 2 Nr. 16; nach dem bayr. Notar. Ges. von 1861 auch für mündlich erklärte Testamente), und — in Ansehung des übergebenen Testamentes — mit dem sächs. G. B. § 2215, aber in Abweichung von anderen Rechten, insbesondere dem gemeinen Rechte[1]), wird eine erleichterte Art des Widerrufes in Ansehung der amtlich

[1]) Windscheid § 564 Anm. 8 a. E.; Roth § 337 Anm. 61.

verwahrten Testamente zugelassen. Die Widerrufsform des § 1933 würde die Zahl der amtlich verwahrten Urkunden ohne Noth vermehren. Indessen darf, abgesehen von den Nothformen der §§ 1927, 1929, 1931, keine Form des Widerrufes zugelassen werden, bei welcher das in der Verwahrung verbleibende Testament ungültig wird, ohne daß die Urkunde über den Widerruf in die Verwahrung gelangt, weil hieraus eine Rechtsunsicherheit sich ergeben würde. Deshalb kann nicht schon dem Antrage auf Herausgabe die aufhebende Wirkung beigelegt werden. In der Rückempfangnahme der Urkunde eine der Widerrufserklärung gleichstehende Willenserklärung des Empfangenden zu finden, steht nichts entgegen, jedoch nur dann, wenn der Verfügende persönlich die Urkunde zurückempfängt. Entgegen dem preuß. A. L. R. I, 12 § 571 und dem hess. Entw. Art. 183, aber mit dem sächs. G. B. § 2215, schreibt der Entwurf vor, daß die Herausgabe an den Verfügenden persönlich erfolgen müsse. Ein Bedürfniß, in dieser Hinsicht eine Erleichterung eintreten zu lassen, kann nicht anerkannt werden. Mit den Vorschriften über die ordentliche Widerrufsform, § 1933, würde es nicht im Einklange stehen, wenn die in der Empfangnahme seitens eines Bevollmächtigten enthaltene Erklärung für wirksam erachtet und insoweit rechtsgeschäftliche Vertretung zugelassen würde. Deshalb wird bestimmt, die Herausgabe müsse an den Verfügenden persönlich erfolgen. Ein praktischer Uebelstand ist in dieser Beziehung nicht zu besorgen, da im Wege eines behördlichen Ersuchens eine unmittelbare Rückgabe stets bewirkt werden kann (vergl. Anh. § 429 zur preuß. A. G. O. II, 4 § 9).

Durch den Schlußsatz der Vorschrift gelangt zum Ausdrucke, daß die Berücksichtigung des Willens, die Urkunde zurückzuempfangen, aber die letztwillige Verfügung nicht aufzuheben, als mit dem Gesetze im Widerspruche stehend, ausgeschlossen ist.

§ 1936.

4. Aufhebung durch Errichtung einer neuen Verfügung.

Die Vorschriften des § 1936 befassen sich mit derjenigen auf dem Willen des Erblassers beruhenden Aufhebung einer letztwilligen Verfügung, welche nicht in einem einfach verneinenden Widerrufe besteht, sondern dadurch sich bethätigt, daß neue positive Anordnungen von dem Verfügenden getroffen werden, welche mit den früheren Anordnungen sich nicht vereinigen lassen. In diesem Falle bildet die neue positive Anordnung, in welcher die Aufhebung der früheren Verfügung enthalten ist, mit der Aufhebung ein einheitliches und untrennbares Ganzes. Diejenigen Gründe, welche den neuen positiven Anordnungen die Wirksamkeit entziehen, bringen für den Regelfall zugleich die mit den letzteren verbundene Aufhebung der früheren Verfügung zum Falle.

Mehrere Testamente neben einander.

Indem bestimmt wird, eine letztwillige Verfügung werde durch die spätere Errichtung einer anderen letztwilligen Verfügung nur insofern aufgehoben, als die spätere Verfügung mit der früheren im Widerspruche steht, (Abs. 1), wird zugleich erkennbar, daß mehrere letztwillige Verfügungen neben einander Geltung haben, soweit nicht die ausschließliche Geltung des späteren Testamentes durch dessen Inhalt nothwendig wird.

Das geltende Recht steht überwiegend auf einem anderen Boden[1]), der Entwurf befindet sich jedoch in Uebereinstimmung mit dem code civil Art. 1036, dem sächs. G. B. § 2216 und einigen Entwürfen[2]). Da der Grundsatz „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest" verlassen ist, auch für die letztwillige Verfügung nicht die eine Erbeinsetzung enthaltende Anordnung erfordert, vielmehr jede einseitige Verfügung von Todeswegen als Testament angesehen wird, ergiebt sich die getroffene Entscheidung als folgerichtig. Der aus den Umständen des Falles zu ermittelnde Wille des Verfügenden muß stets maßgebend sein.

Ablehnung weiterer Vorschriften.

Der zuletzt bezeichnete Gesichtspunkt läßt Vorschriften entbehrlich erscheinen sowohl für den Fall, daß mehrere Testamente gleichen Alters vorliegen[3]), als für den Fall, daß mehrfach über denselben Gegenstand verfügt ist[4]). Der erstere Fall wird nach dem Entwurfe kaum vorkommen, außer bei holographischen Testamenten (§ 1927), und bedarf schon deshalb nicht einer Regelung. Im letzteren Falle ist kein Anlaß ersichtlich, der richterlichen Würdigung der Umstände des Falles Schranken zu setzen, zumal sich erschöpfende Regeln bei der Vielgestaltigkeit der möglichen Fälle nicht aufstellen lassen.

Ausnahme.

Eine Ausnahme wird vorgeschrieben für den Fall, daß den neuen positiven Anordnungen die Wirksamkeit entzogen ist, mit der Rückkehr zur Regel für den besonderen Fall, daß der Bedachte vor dem Anfalle der Zuwendung stirbt oder die Zuwendung ausschlägt (Abs. 2).

Wird die letztwillige Verfügung deshalb unwirksam, weil der Bedachte vor dem Anfalle stirbt, oder schlägt der Bedachte die Zuwendung aus, so liegt immerhin ein Widerruf der früheren Verfügung vor, dessen Wirksamkeit nicht beeinträchtigt werden kann, weil die neuen positiven Anordnungen nicht zur Ausführung gelangen[5]). Anders liegt es, wenn die spätere Verfügung

---

[1]) Nach der herrschenden Ansicht wird für das gemeine Recht angenommen, die gültige Errichtung eines neuen Testamentes habe von selbst die Aufhebung des früheren Testamentes zur Folge; es bleibt bei der Aufhebung, selbst wenn das neuere Testament seine Gültigkeit wieder verliert; Windscheid § 565. Ihm folgen zahlreiche Rechte, z. B. bayr. L. R. III, 3 § 28 Nr. 1; Roth § 337 Anm. 67—82; für württemb. Recht Stein § 91 Nr. 3; brem. Recht Post § 208 Anm. 5; auch das österr. G. B. § 713. — Etwas beschränkt liegt diese Auffassung auch dem preuß. A. L. R. I, 12 §§ 572 ff. (Dernburg § 172, Eccius § 256 S. 511, 512) zu Grunde, jedoch mit der Beseitigung des Grundsatzes „nemo cum pluribus testamentis decedere potest".

[2]) Hess. Entw. Art. 181. Im Erfolge kommt Mommsen § 169 zu dem gleichen Ergebnisse, indessen können seine Motive S. 253—255 nicht als zutreffend anerkannt werden.

[3]) Roth § 337 Anm. 72; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 585, 586; österr. G. B. § 715; sächs. G. B. § 2216; Mommsen § 169 Abs. 3.

[4]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 586; sächs. G. B. §§ 2405, 2406; Mommsen §§ 355, 366; hess. Entw. Art. 299.

[5]) Im Wesentlichen übereinstimmend das gemeine Recht, Windscheid § 565 Anm. 3, 4, Roth § 337 Anm. 80; preuß. A. L. R. I, 12 § 580, Eccius § 256 Anm. 45, Dernburg § 172 Anm. 18; das österr. G. B. nach Unger § 24 Anm. 14; sächs. G. B. § 2217; code civil Art. 1037; Mommsen § 170 Abs. 1; hess. Entw. Art. 182 Abs. 1.

aus anderen Gründen als wegen des Todes des Bedachten vor dem Anfalle der Zuwendung oder wegen dessen Ausschlagung unwirksam wird; denn alsdann fehlt es auch an einer Aufhebung.

Der einfach verneinende Widerruf des § 1933 ist, wie S. 298 dargelegt, keine letztwillige Verfügung im engeren Sinne; er wirkt sofort; nicht ebenso der im § 1936 behandelte Widerruf durch Errichtung einer neuen letztwilligen Verfügung.

Wegen Aufhebung der letztwilligen Verfügung durch einen später errichteten Erbeinsetzungsvertrag vergl. § 1953.

§ 1937.

IV. Ablieferung und Verkündung der Testamente.

Dem Inhaber einer Testamentsurkunde, welche nicht in amtliche Verwahrung zu bringen ist, wird die privatrechtliche Pflicht auferlegt, die Urkunde unverzüglich, sobald er von dem Erbfalle Kenntniß erlangt hat, an das Nachlaßgericht abzuliefern (Abs. 1).

In Rücksicht auf die Militärtestamente verweist die Vorschrift nicht auf den § 1932. Die Militärtestamente können zur amtlichen Verwahrung gelangen, wenn sie zu dem Ende der zuständigen Militärbehörde eingeliefert sind (vergl. S. 300). Eine solche Einlieferung ist jedoch nur fakultativ. Die Vorschrift muß sich aber auch auf solche Militärtestamente erstrecken, welche nicht eingeliefert sind.

Ablieferung seitens des Inhabers.

Befindet sich die Urkunde in den Händen eines Inhabers, so wird dieser in vielen Fällen bereits vertragsmäßig verpflichtet sein, in zweckentsprechender Weise mit der Urkunde zu verfahren. Es liegt jedoch im öffentlichen Interesse, daß die Urkunde von dem Inhaber, sobald derselbe von dem Erbfalle Kenntniß erlangt hat, unverzüglich an das Nachlaßgericht abgeliefert wird. Der Entwurf legt deshalb dem Inhaber eine solche Ablieferungspflicht, ohne Rücksicht auf das Vorliegen einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit, auf. Im Wesentlichen stimmt damit das preuß. A. L. R. I, 12 § 95 in Ansehung des dorfgerichtlichen Testamentes überein (vergl. A. G. O. II, 5 § 32; ebenso das preuß. Ges. v. 8. Juni 1860 § 11 und der hess. Entw. Art. 101, 106)[1]). Der code civil Art. 991 ff. enthält ähnliche Vorschriften in Ansehung des Testamentes, welches auf dem Meere errichtet ist.

Das Mißverständniß, welches die Fassung des ersten Absatzes (vermöge des argumentum e contrario) hervorrufen könnte, eine Testamentsurkunde, welche in amtliche Verwahrung zu bringen ist, sei von dem Inhaber nicht abzuliefern, ist wohl nicht zu befürchten. Der § 1937 will natürlich nur die privatrechtliche Pflicht des Inhabers einer Urkunde der bezeichneten Art regeln.

Die Vorschrift des zweiten Absatzes über Ablieferung der in amtlicher Verwahrung befindlichen Testamentsurkunden an das Nachlaßgericht hat einen

---

[1]) Wegen das bayr. L. R. vergl. Kreittmayr, Anm. b, h zu III, 1 § 11; Roth § 386 Anm. 2.

lediglich publizistischen Karakter. Das Verfahren der Behörden wird durch Ordnungsvorschriften geregelt. Den Landesgesetzen bleibt offen, zu bestimmen, ob die verwahrende Stelle berechtigt und verpflichtet ist, die Testamentsurkunden von Amtswegen einzuliefern.

§§ 1938, 1939.

Verkündung und Bekanntmachung.

Fast alle geltenden Rechte haben die Vorschriften über die Verkündung und Bekanntmachung der Testamente nicht den Verfahrensgesetzen überlassen[1]. Der Entwurf folgt diesem Vorgange.

§ 1938.

Verkündung.

Der Entwurf spricht nicht von dem Eröffnen der verschlossenen letztwilligen Verfügung, weil das Eröffnen nur das Mittel ist zu der sich anschließenden mündlichen Verkündung. Mit der Verkündung wird zugleich die Eröffnung im engeren Sinne getroffen. Auch das geltende Recht verwendet vielfach die Ausdrücke „Testamentseröffnung" oder „Publikation" zugleich im Sinne von Verkündung.

Verfahren.

Die Vorschriften des ersten Absatzes über das Verfahren bei der Verkündung entsprechen im Wesentlichen dem überall geltenden Rechte. In Ansehung der Zuziehung der Betheiligten ist zu beachten, daß außer den gesetzlichen Erben von vornherein noch andere Personen als betheiligt bekannt sein können, z. B. dann, wenn ein anderes Testament desselben Erblassers bereits eröffnet ist, die darin Bedachten.

Vertretung Unbekannter.

Abweichend von mehreren geltenden Rechten[2] ist die Zuziehung eines für die abwesenden oder für die unbekannten gesetzlichen Erben von dem Nachlaßgerichte sofort zu bestellenden Vertreters für entbehrlich erachtet.

Gerichtsschreiber.

Ob bei Aufnahme des Protokolles über die Verkündung ein Gerichtsschreiber zuzuziehen sei, kann den Landesgesetzen überlassen bleiben, da die Frage mit der Organisation der Behörden für die freiwillige Gerichtsbarkeit zusammenhängt. Für die Zuziehung eines solchen läßt sich geltend machen, daß der Richter nicht selten in die Lage kommen wird, ein Testament zu verkünden, ohne daß ein Betheiligter anwesend ist.

---

[1] Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 208—241, A. G. O. II, 4 §§ 10—13; sächs. G. B. §§ 2223—2229, provis. Ger. O. v. 1865 §§ 10 ff.; code civil Art. 1007 mit code de proc. Art. 916—918, 920, Ventôse-Ges. Art. 20, 29; bad. Geschäftsordn. (Nr. XXXIV) §§ 23e—23k; Mommsen §§ 172—179; hess. Entw. Art. 193—199; vergl. ferner Windscheid § 567; Roth §§ 386, 387; Stein §§ 93, 94; u. A.; neuestens schwarzb. sondersh. Ges. v. 23. Januar 1888.

[2] Preuß. A. L. R. I, 12 § 224; bayr. L. R. III, 2 § 18 Nr. 8; Roth § 387 Anm. 33; Mommsen § 177; hess. Entw. Art. 196; schwarzb. sondersh. Ges. v. 1888 § 6 Abs. 2.

In Uebereinstimmung mit einer Mehrzahl der geltenden Rechte[1]) wird bestimmt, daß in dem über die Verkündung aufzunehmenden Protokolle, wenn das Testament verschlossen ist, der Befund in Ansehung der Unversehrtheit des Verschlusses festzustellen ist (Abs. 1 Satz 3). Festzustellen ist jedoch nur derjenige Zustand, welcher durch die Eröffnung eine Veränderung erleidet, ein Mehreres ist nicht erforderlich.

Unversehrtheit des Verschlusses.

Befindet sich die Testamentsurkunde in der Verwahrung eines anderen Gerichtes als des Nachlaßgerichtes, so soll die Verkündung dem ersteren Gerichte obliegen, dieses aber nach der Verkündung die Urkunde an das Nachlaßgericht abliefern und eine beglaubigte Abschrift zurückbehalten (Abs. 2). Die dem preuß. A. L. R. I, 12 §§ 226, 227, dem sächs. G. B. § 2223 und anderen Rechten[2]) entsprechende Vorschrift ist für zweckmäßig erachtet, um die unnöthige und nicht ungefährliche Versendung einer noch nicht eröffneten Testamentsurkunde thunlichst zu vermeiden.

Zur Verkündung zuständiges Gericht.

Daß durch eine besondere Vorschrift eine Anordnung des Erblassers, die letztwillige Verfügung nicht alsbald nach dem Erbfalle zu verkünden, für unwirksam erklärt wird (Abs. 3), beruht darauf, daß einige geltende Rechte das Gegentheil bestimmen oder doch über die Zulässigkeit einer solchen Anordnung Streit besteht[3]). Dem Erblasser kann die Befugniß nicht eingeräumt werden, die Nichtbefolgung der Vorschriften über die Testamentsverkündung anzuordnen und dadurch die Entscheidung der Frage, wer Erbe sein soll, im Dunkelen zu lassen.

Zeit der Verkündung.

Im geltenden Rechte finden sich Vorschriften darüber, wer zu dem Antrage, das Testament zu verkünden, berechtigt sei, wann die Verkündung frühestens zu erfolgen habe, über die Eröffnung schon sehr lange Zeit verwahrter Testamente[4]), u. s. w. In allen diesen Richtungen sind Vorschriften für entbehrlich erachtet oder doch für nicht dem bürgerlichen Rechte angehörend angesehen; es handelt sich um instruktionelle Bestimmungen.

Ablehnung weiterer Vorschriften.

§ 1939.

Dem Nachlaßgerichte wird durch eine Ordnungsvorschrift die Pflicht auferlegt, nach der Verkündung jeden Betheiligten, welcher bei der Verkündung nicht anwesend war, von dem ihn betreffenden Inhalte der letztwilligen Ver-

Benachrichtigung der Betheiligten.

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 225; bayr. L. R. III, 2 § 14 Nr. 8; Roth § 387 Anm. 34; österr. Ges. v. 1854 §§ 63, 64; für württemb. Recht Stein § 94 Nr. 9; brem. Recht nach Post § 209; Mommsen § 178 Abs. 3; hess. Entw. Art. 197.

[2]) Roth § 387 Anm. 28, 29.

[3]) Roth § 387 Anm. 26; Seuffert's Archiv 2 Nr. 319; Bl. f. R. A. 6 S. 289, 8 S. 416, 26 S. 193; Heimbach § 290 Anm. 1; Dernburg § 215 vorletzter Abs.; schwarzb. sondersh. Ges. v. 1888 § 4 (dreißig Tage).

[4]) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 218—222, Allh. Kab. O. v. 22. Mai 1842, preuß. Ges. v. 1. März 1869; kurhess. Verordn. v. 14. März 1815; altenb. Ges. v. 14. Januar 1837; u. A.

fügung in Kenntniß zu setzen (Abs. 1), im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte[1].

Weitere instruktionelle Vorschriften über die Art der Bekanntmachung, darüber, daß die Mittheilung auf Kosten des Nachlasses zu erfolgen hat, darüber, ob Erklärungen der Betheiligten über die Echtheit oder Anerkennung des Testamentes zu erfordern seien u. dergl., wie sie sich im geltenden Rechte finden[2]), sind theils als selbstverständlich entbehrlich, theils gehören sie nicht dem bürgerlichen Rechte an.

Die Fassung „ihn betreffenden Inhalt" weist darauf hin, daß die Mittheilung sich auf einen Theil der Verfügung beschränken kann, wenn die Betheiligung sich nur auf einen Theil bezieht.

Verzicht auf Mittheilung.

Als selbstverständlich ist angesehen, daß die Mittheilungspflicht des Nachlaßgerichtes gegenüber denjenigen Betheiligten sich erledigt, welche auf eine Mittheilung gegenüber dem Nachlaßgerichte verzichten.

Mit einer verbreiteten Praxis, im Anschlusse an das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 233—235, zu gestatten, daß das Nachlaßgericht die Bekanntmachung in Ansehung anderer Personen als der Erben oder Pflichttheilsberechtigten dem Testamentsvollstrecker übertrage, ist nicht für angemessen erachtet. Die Uebertragung würde das Gericht kaum erheblich erleichtern, da vorgeschrieben werden müßte, das Gericht habe sich von der Erfüllung jener Pflicht seitens des Vollstreckers zu überzeugen.

Daß Jedem, welcher ein rechtliches Interesse glaubhaft macht, die Befugniß beigelegt wird, von der Testamentsurkunde Einsicht zu nehmen, eine Abschrift, einen Auszug oder eine Ausfertigung zu verlangen (Abs. 2), stimmt im Wesentlichen überein mit dem preuß. A. L. R. I, 12 §§ 227—229 und einigen anderen Rechten[3]). Die Vorschrift enthält eine Uebertragung der gemeinrechtlichen Grundsätze von dem interdictum de tabulis exhibendis[4]).

Das Original des Testamentes wird nicht ausgefolgt[5]); dies versteht sich von selbst.

Die Gültigkeit des Testamentes hängt nicht von dem thatsächlichen Fortbestehen der Testamentsurkunde ab. Vorschriften, welche einen Zweifel hierüber zuließen, sind nicht aufgenommen.

---

[1]) Vergl. die Anm. [1]) S. 306; preuß. A. L. R. I, 12 § 230; Mommsen § 179; schwarzb. sondersh. Ges. § 9.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 231 ff., preuß. Gesetze v. 13. Mai 1833, 23. Februar 1870; Roth § 387 Anm. 34, 35; württemb. Recht bei Stein § 93; Heimbach § 290 Anm. 3; nass. Recht bei Bertram (2. A.) § 1905 Abs. 4; hess. Entw. Art. 197.

[3]) Oesterr. Ges. v. 1854 § 68; hess. Entw. Art. 199 (dessen Mot. S. 127); schwarzb. sondersh. Ges. § 10.

[4]) Windscheid § 567 Anm. 2; Roth § 386.

[5]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 226; bayr. L. R. III, 2 § 14 Nr. 10; Roth § 387 Anm. 36.

Ueber die Ersetzung verloren gegangener Testamentsurkunden[1]) ist nichts bestimmt. Eine Vermuthung, durch welche der Beweis der Aufhebung durch Vernichtung oder Aenderung der Urkunde seitens des Verfügenden erleichtert wird, wäre nicht gerechtfertigt (vergl. S. 302). Eine Vermuthung dahin, daß die bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet sind, sofern das Testament vor einem Richter oder Notare errichtet ist, ließe sich nur aufstellen, wenn Förmlichkeiten vorgeschrieben wären, deren Beobachtung an sich wesentlich, deren Feststellung im Protokolle aber nicht wesentlich ist. Solche Förmlichkeiten hat der Entwurf nicht bestimmt. Demgemäß kann es darauf nicht einmal ankommen, ob nicht eine solche Vermuthung durch die allgemeine Regel „legalia praesumuntur" entbehrlich wäre.

---

[1]) Windscheid § 615 Anm. 7—9; Roth § 337, insbes. Anm. 56; Zachariae § 647; Dernburg § 173 Anm. 15, Eccius § 256 Anm. 41; Pescatore, Herstellung des Inhaltes verloren gegangener letztw. Verordn., 1877; sächs. G. B. § 2300; österr. G. B. § 722; hess. Entw. Art. 111, 112.

Dritter Abschnitt.

Verfügung von Todeswegen durch Vertrag.

Vorbemerkung.

Die meisten in Deutschland geltenden Rechte lassen den Erbeinsetzungsvertrag, und zwar unbeschränkt, zu[1]). Eine größere Zahl der geltenden Rechte gestattet den Erbeinsetzungsvertrag nur zwischen gewissen Personen[2]). Der code civil Art. 893, 895, 1082, 1093, 1389 läßt die vertragsweise Erbeinsetzung nur in Ehestiftungen zu, dann aber für Dritte ebenso wie für die Ehegatten selbst. Dem röm. Rechte ist der Erbeinsetzungsvertrag unbekannt[3]).

Ueber die Entstehung und die Entstehungszeit des Erbvertrages wird gestritten[4]).

Der Entwurf kann das in Deutschland fast durchweg anerkannte Institut nicht beseitigen; selbst das gemeine Recht kennt etwas dem Erbvertrage nahe Kommendes, indem es die mortis causa donatio mit Verzicht auf den Widerruf gestattet[5]). Gegen die Aufnahme lassen sich gewichtige Einwendungen geltend

---

[1]) Vergl. außer älteren Rechten beschränkten Geltungsgebietes preuß. A. L. R. I, 12 §§ 617 ff.; sächs. G. B. §§ 2003, 2542, 2557; bayr. L. R. III, 11 § 1; Roth § 330 Anm. 6; württemb. L. R. IV, 1 § 2 und Entw. von 1840 Art. 14; für thüring. Rechte Heimbach §§ 286, 287; für schlesw. holst. Recht Paulsen § 207; Grefe, hannov. Recht Bd. 2 § 142; v. Kamptz, mecklenb. Recht Bd. 2 § 216; das nass. Recht nach Bertram (2. A.) §§ 2193 ff.; für brem. Recht Post § 211; u. A.

[2]) Oesterr. G. B. §§ 602, 1249 ff.; Mommsen § 189; hess. Entw. Art. 2, 3, vergl. IV, 2 Art. 541 ff., nur zwischen Ehegatten oder Verlobten. Hierher gehören auch eine Anzahl älterer Rechte, für welche die unbeschränkte Zulässigkeit von Erbverträgen durch Theorie und Praxis deshalb verneint wird, weil in den Statuten nur von solchen Verträgen zwischen Ehegatten die Rede ist, z. B. die joachimsche Konstitution von 1527 nach Heydemann, Elemente S. 260 ff.

[3]) Windscheid § 529 Anm. 3, § 537 bei Anm. 8, § 538 Anm. 2, § 539 Anm. 1 a. E., § 540 Anm. 4; Brinz § 380; Roth § 330; Mommsen's Mot. S. 261. — Nach Plitt S. 117 ist dieser Vertrag dem lüb. Rechte nicht bekannt, indessen sollen im Gebiete von Lübeck wechselseitige Schenkungen unter Ehegatten und im Landgebiete Ehestiftungen mit einer gewissen Gegenseitigkeit der Vermögensrechte in Sterbefällen vorkommen.

[4]) Stobbe § 310 mit § 298 Anm. 1.

[5]) Windscheid § 369 Anm. 5.

machen. Abgesehen von den erheblichen Schwierigkeiten in Ansehung der sehr bestrittenen juristischen Konstruktion, bleibt das Bedenken bestehen, daß dem Verfügenden die Möglichkeit entzogen wird, den veränderten Umständen gerecht zu werden. Das weitere Bedenken, daß das Recht des anderen Vertragschließenden, welches nicht selten durch eine Gegenleistung erworben ist, durch Verfügungen unter Lebenden seitens des Einsetzenden vereitelt werden kann, läßt sich nur sehr theilweise beseitigen (§ 1952). Gleichwohl müssen diese Bedenken gegenüber der Einmüthigkeit des geltenden Rechtes zurücktreten.

Denjenigen Rechten, welche den Vertrag nur zwischen Ehegatten und Brautleuten zulassen, im Widerspruche mit dem überwiegend geltenden Rechte sich anzuschließen, mußte Anstand genommen werden. Durchschlagende Gründe hierfür liegen nicht vor, wenn einmal der Erbeinsetzungsvertrag, also die nicht frei widerrufliche Erbeinsetzung, im Gegensatze zu den Grundsätzen der §§ 1753, 1754, zugelassen wird. Die Gefahren, welche sich für den Einsetzenden ergeben können, sind in allen Fällen die gleichen. Diese durch ein Verbot fern zu halten, ist nicht Aufgabe des Gesetzes, vielmehr hat sie ein Jeder, welcher einen Erbeinsetzungsvertrag schließt, für sich zu prüfen. Zudem läßt sich eine Beschränkung in der bezeichneten Weise kaum durchführen.

Der code civil läßt die Verträge nicht zwischen Ehegatten, wohl aber zwischen Verlobten zu, offenbar, um die mögliche Beeinflussung aus dem ehelichen Verhältnisse abzuschneiden. Aber diese Besorgniß ist doch wohl einer zu ängstlichen Fürsorge entsprungen. Gerade zwischen Ehegatten sind solche Verträge sehr häufig und nach Beseitigung des wechselseitigen Testamentes (§ 1913) kaum zu entbehren. Wird der Vertrag zwischen Ehegatten zugelassen, so kann Verlobten nicht wohl versagt werden, bereits vor Eingehung der Ehe die vermögensrechtlichen Folgen des Todes eines der Verlobten durch Vertrag zu regeln. Mit Recht geht schon der code civil weiter, indem er die vertragsmäßige Bindung Dritter zuläßt, falls sie für Ehegatten in dem Ehevertrage erfolgt.

Damit wäre jedoch dem Bedürfnisse noch nicht genügt. Auch zwischen anderen Personen als Ehegatten und Verlobten kommen Erbeinsetzungsverträge nicht selten vor, insbesondere zwischen Angehörigen gewisser Stände, des Adels und des Bauernstandes. Ferner werden solche Verträge häufig geschlossen bei dem Eintritte in gewisse Versorgungs-, Armen- und Kranken-Anstalten; hier würden sie kaum zu entbehren sein.

Wirkung.

Soll der Erbeinsetzungsvertrag seinen Zweck erfüllen, so kann er nicht lediglich obligatorische Wirkungen haben. So beschränkte Wirkung legt ihm kein geltendes Recht bei[1]). Ferner ist er nicht ein familienrechtliches Rechtsgeschäft, welches ein Statusverhältniß begründet[2]); der Wille der Betheiligten geht nur auf Schaffung eines eventuellen Erbrechtes. Der Vertrag ist aber auch nicht ein Testament mit angehängtem Widerrufverzichtvertrage oder ein modifizirtes Testament[3]). Denn dann wäre der Verzichtvertrag nur ein obliga-

---

1) Vergl. Hartmann, Erbvertr. S. 3 ff.

2) Vergl. Koch, Erbrecht S. 772.

3) Hartmann, zur Lehre von den Erbvertr. 1860; dazu Hofmann in der österr. Gerichtsz. 1876 Nr. 96 ff. bei Ziff. VIII, IX; Beseler, Erbvertr. II, 1 S. 118 ff.

torisches Rechtsgeschäft, aus dessen Verletzung der anderweit berufene Erbe haftbar würde, der letztere bliebe jedoch Erbe. Dies soll gerade durch Schließung des Erbeinsetzungsvertrages ausgeschlossen werden. Zudem würde der Verzicht nicht das Recht des als Erbe Eingesetzten, sondern nur die allein dem Lebenden zustehende Befugniß, einzusetzen, zum Gegenstande haben; er wäre ein Rechtsgeschäft unter Lebenden.

Der Wissenschaft bleibt unbenommen, aus den gegebenen Vorschriften die Konstruktion zu begründen; die Konstruktion darzulegen, ist nicht Aufgabe des Gesetzes.

Vermächtnißvertrag.

Neben dem Erbeinsetzungsvertrage ist der Vermächtnißvertrag zugelassen (§ 1962). Das geltende Recht ist in dieser Hinsicht nicht frei von Streitfragen[1]). Gegen die Ausdehnung lassen sich nicht unerhebliche Bedenken geltend machen[2]), insbesondere, daß, wenn lediglich ein Vermächtnißvertrag geschlossen wird, nicht feststeht, wer der Beschwerte ist. Auch die innere Berechtigung eines solchen Vertrages läßt sich sehr wohl anzweifeln.

Allein die Rücksicht auf das geltende Recht und der Umstand, daß zwingende Gründe für die Ausschließung dieses Vertrages sich nicht ergeben, müssen auch hier entscheiden. Dazu kommt, daß mit der Ablehnung des Vermächtnißvertrages eine nachtheilige für den Ehevertrag geradezu mit dem praktischen Bedürfnisse in Widerspruch tretende Beengung geschaffen würde[3]). Für bäuerliche Verhältnisse kann das Bedürfniß eines selbständigen Vermächtnißvertrages kaum geleugnet werden. Endlich kann ohne die Aufnahme dieses Vertrages die Zwitterbildung der donatio mortis causa (vergl. § 1963), nicht wohl unterdrückt werden.

Gemeinsame Vorschriften.

Die Zulassung des Vermächtnißvertrages neben dem Erbeinsetzungsvertrage legt es nahe, entsprechend dem § 1753, den Begriff des Erbvertrages aufzustellen für alle letztwilligen Verfügungen, welche durch Vertrag erfolgen können. Würde das bezeichnete System befolgt, so wäre davon auszugehen, die Verfügungen von Todeswegen könnten in einer doppelten Erscheinungsform vorkommen, nämlich entweder als einseitige Rechtsgeschäfte oder als Verträge. Eine Folge davon wäre es, daß es besonderer Gründe bedürfte, um nicht alle Anordnungen, welche durch einseitige Verfügung getroffen werden können, auch durch Vertrag treffen zu lassen. Der Entwurf beruht umgekehrt auf der Auffassung, daß die Zulassung einer vertragsmäßigen Verfügung von

---

[1]) Im gemeinen Rechte wird er nach der herrschenden Meinung für zulässig gehalten; Windscheid § 632; Stobbe § 312, insbesondere Anm. 7, 8; — jedoch dagegen Beseler II, 1 S. 22 ff.; u. A.; er wird erwähnt im bayr. L. R. III, 11 § 1 Nr. 6, Roth § 336 Anm. 7, für zulässig angesehen im Gebiete des preuß. A. L. R. auf Grund von I, 12 § 620, Dernburg § 179, Eccius § 247 Anm. 69 ff., für den code civil von Renaud im bad. Magazin I S. 208; im württemb. Rechte, Stein § 181 Zusatz; in Schleswig-Holstein und Nassau, Paulsen § 207, Bertram §§ 2193 ff.; ausdrücklich anerkannt ist der Vertrag im sächs. G. B. §§ 2542 und im hess. Entw. IV, 2 Art. 552, 553; Mommsen § 191 will ihn anscheinend ebenfalls zulassen.

[2]) Beseler II, 1 S. 22 ff. und Priv. R. § 137 III; Heimbach §§ 286, 287, 300.

[3]) Beseler II, 2 S. 137; Kugelmann §§ 11, 12.

Todeswegen die Ausnahme bildet, und daß eine vertragsmäßige Bindung nur insoweit zuzulassen ist, als es das praktische Bedürfniß verlangt (vergl. § 1956). Zudem steht in Hinsicht auf die Häufigkeit der Anwendung und die Wichtigkeit der Erbeinsetzungsvertrag so sehr im Vordergrunde, daß das Gesetz ein nicht zutreffendes Bild der vertragsmäßigen Verfügungen von Todeswegen geben würde, wenn das bezeichnete System zu Grunde gelegt worden wäre.

Mit Rücksicht darauf, daß der Vermächtnißvertrag von dem Entwurfe im Anschlusse an den unselbständigen Vermächtnißvertrag, welcher in einem Erbeinsetzungsvertrage vorkommen kann, geregelt ist und daß der § 1963 Vorschriften in Ansehung gewisser Schenkungen enthält, ist für den Abschnitt die Ueberschrift „Verfügung von Todeswegen durch Vertrag" gewählt.

§ 1940.

A. Erbeinsetzungsvertrag. I. Zulässigkeit. Regelmäßiger Inhalt.

Indem ausgesprochen wird, eine Erbeinsetzung könne durch einen von dem Erblasser zu schließenden Vertrag erfolgen (Abs. 1), gelangt die auf S. 310, 311 dargelegte Auffassung in Ansehung der Zulässigkeit des Erbeinsetzungsvertrages zum Ausdrucke. Zur Erleichterung der Fassung der folgenden Vorschriften wird die Bezeichnung des in einem solchen Vertrage Eingesetzten als Vertragserbe zu einer technischen gemacht (Abs. 2). Dadurch, daß bestimmt wird, durch den Vertrag könne sowohl der andere Vertragschließende als ein Dritter als Erbe eingesetzt werden, wird erkennbar, daß — entgegen der vielfach, zuletzt von Mommsen (dessen Mot. S. 264) vertretenen Auffassung — auch die Erbeinsetzung eines Dritten erfolgen kann, selbst wenn nur diese Einsetzung eines Dritten Gegenstand des Vertrages ist. Die Aufnahme der Vorschrift an dieser Stelle verdeutlicht, daß die allgemeinen Vorschriften über den Erbeinsetzungvertrag auf beide Arten des Vertrages Anwendung finden.

Nachdem in den §§ 412—416 Verträge zu Gunsten Dritter zugelassen sind, besteht kein Anlaß, in Ansehung der vertragsmäßigen Erbeinsetzung zu Gunsten Dritter Beschränkungen aufzunehmen, zumal solche Beschränkungen in der einfachsten Weise umgangen werden könnten durch Einsetzung des anderen Vertragschließenden auf einen verschwindend kleinen Bruchtheil. Andererseits ist ein Bedürfniß, auch in dieser Beziehung dem Willen der Vertragschließenden Raum zu lassen, kaum zu leugnen (vergl. sächs. G. B. § 2553).

Vertrag, nicht letztwillig zu verfügen 2c.

Eine Vorschrift des Inhaltes, daß ein Vertrag, durch welchen der Erblasser gegenüber seinen gesetzlichen oder letztwillig berufenen Erben auf das Recht verzichtet, von Todeswegen oder anderweit zu verfügen, als Erbeinsetzungsvertrag zu beurtheilen sei[1]), ist nicht aufgenommen.

Soweit es sich um Testamentserben handelt, würde in einem derartigen Vertrage ein Erbeinsetzungsvertrag zu finden sein, welcher seinen Inhalt dem früheren, nach dem § 1953 als aufgehoben anzusehenden Testamente entnimmt. Eine solche Ergänzung des Inhaltes des Erbeinsetzungsvertrages aus einem

[1]) Württemb. Entw. von 1840 Art. 14, 15; sächs. G. B. § 2558.

bereits errichteten Testamente ist aus denselben Gründen bedenklich, aus welchen das testamentum mysticum nicht zugelassen ist (vergl. S. 293, 294).

Verzichtet der Erblasser gegenüber den gesetzlichen Erben auf eine Abänderung der gesetzlichen Erbfolge durch letztwillige Verfügung, so bleibt die Umdeutung dieses Verzichtes in einen Erbeinsetzungsvertrag möglich, sofern genügend erhellt, daß damit der Wille ausgesprochen ist, dem Vertragschließenden die künftige Erbfolge zu sichern. Diese Möglichkeit im Gesetze hervorzuheben, fehlt es an hinreichenden Gründen. Eine Vermuthung, daß ein solcher Wille vorliege, kann nicht aufgestellt werden. Allerdings würden durch eine Vorschrift dieses Inhaltes Zweifel beseitigt, welche daraus sich ergeben können, daß nach dem § 1754 ein Vertrag nichtig ist, durch welchen Jemand sich verpflichtet, eine letztwillige Verfügung nicht zu errichten oder nicht aufzuheben. Allein solche Zweifel würden, sofern ein Erbeinsetzungsvertrag vorliegt, nicht berechtigt sein, da der Entwurf den Erbeinsetzungsvertrag als gültig anerkennt.

Daß in demselben Vertrage von jedem der Vertragschließenden ein Vertragserbe eingesetzt werden kann (Abs. 3), ist nur der Deutlichkeit wegen ausgesprochen. Der Inhalt der Vorschrift steht in einem gewissen Gegensatze zu dem § 1913.

§ 1941.

II. Errichtung. 1. Ausschließung der Vertretung.

Die Ausschließung der Vertretung bei der Errichtung des Erbeinsetzungsvertrages entspricht dem § 1911, welchem sie auch in der Fassung sich anschließt; sie stimmt mit dem geltenden Rechte im Wesentlichen überein[1]).

In gleicher Weise den annehmenden Vertragschließenden zu beschränken[2]), fehlt es an einem zureichenden Grunde. In Ansehung desselben muß es bei den allgemeinen für Verträge geltenden Grundsätzen bewenden. Danach ist nicht ausgeschlossen, daß der eingesetzte Vertragschließende durch einen mit Vollmacht versehenen Vertreter annimmt.

§ 1942.

2. Erforderniß in der Person des Erblassers.

Daß in Ansehung des als künftiger Erblasser Verfügenden erfordert wird, derselbe müsse unbeschränkt geschäftsfähig sein, entspricht im Wesentlichen den neueren Rechten[3]). Für das gemeine Recht wird die Ansicht vertreten[4]), minderjährige oder pflegebefohlene Verfügende dürften, insbesondere in Ansehung des peculium adventicium, unter Mitwirkung oder Einwilligung des

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 621; sächs. G. B. § 2545; Mommsen § 193 (dessen Mot. S. 265); Hartmann S. 36. — Abweichend fränk. Lb. G. O. 120, 5—8.

[2]) Vergl. Roth § 333 Anm. 3; Stobbe § 311 Anm. 11; Dernburg § 176 Anm. 9, 10.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 621; sächs. G. B. § 2545; Stobbe § 311 S. 284; Mommsen § 193; württemb. Entw. Art. 9, 19.

[4]) Beseler II, 1 S. 254—256; dazu Stobbe § 311 Anm. 13.

gesetzlichen Vertreters Erbeinsetzungsverträge schließen. Auf ähnlichem Boden, zum Theil unter Erfordern der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes, stehen das bayr. L. R., u. A.[1]).

Aus den Gründen, auf welchen der § 1912 beruht, vergl. S. 247 ff., muß sich der Entwurf den ersterwähnten Rechten anschließen.

Ehevertrag betr. allg. Gütergemeinschaft.

Eine Ausnahme zu bestimmen für den Fall, daß eine Erbeinsetzung in einem auf Einführung der allgemeinen Gütergemeinschaft unter Ehegatten geschlossenen Vertrage erfolgt, ist nicht erforderlich. Wenn auch in der Eingehung der allgemeinen Gütergemeinschaft materiell (vergl. § 1385) der Abschluß eines Erbeinsetzungsvertrages gefunden werden kann (bei der Schließung eines solchen Ehevertrages behält allerdings die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ihre regelmäßige Wirkung), so können doch durch einen solchen Vertrag nur diejenigen erbrechtlichen Wirkungen herbeigeführt werden, welche in den Vorschriften des Entwurfes über die gütergemeinschaftliche Erbfolge bestimmt sind. Darin findet die Erleichterung der Vertragschließung Maß und Ziel. Würde darüber hinausgegangen, so würde die Regel des § 1942 gerade in solchen Fällen durchbrochen, in welchen ihre Anwendung praktisch von besonderer Wichtigkeit ist. Dazu kommt, daß voraussichtlich von der Einführung des Güterstandes der allgemeinen Gütergemeinschaft durch Vertrag in der Regel nur die Mitglieder gewisser Stände innerhalb beschränkter örtlicher Grenzen Gebrauch machen werden. Für solche Personen wird, insbesondere, wenn die Ehegatten noch nicht volljährig sind, äußerst selten ein Bedürfniß bestehen, durch Erbeinsetzungsvertrag die Eltern eines Ehegatten, falls die Ehe kinderlos bleiben sollte, auszuschließen oder auf den Pflichttheil zu beschränken. Handelt es sich um die minderjährige Ehefrau, so würde es bedenklich sein, ihr zu gestatten, daß sie sich in so früher Zeit dem Ehemanne gebunden gegenüberstellt (vergl. zum § 1913 S. 256).

§ 1943.

3. Form der Errichtung.

Regelmäßige Form.

Die Schließung eines Erbeinsetzungsvertrages ist von dem geltenden Rechte nicht durchweg an eine Form gebunden. Das gemeine Recht, wenigstens nach der herrschenden Ansicht[2]) (vergl. Entsch. d. R. G. Bd. 8 S. 134, Bd. 11 S. 215 ff.), und eine Reihe von Rechten beschränkteren Geltungsgebietes[3]) begnügen sich mit der einfachen Vertragsform. Gerichtlichen Abschluß schreiben, außer älteren Statutarrechten, vor das bayr. L. R. III, 11 § 1 Nr. 10, das württemb. Recht nach Stein § 99 (anderer Meinung Bierer III § 251), die Rechte der meisten thüring. Staaten, der hess. Entw. IV, 2 Art. 436 und der württemb. Entw. v. 1840 Art. 5—7[4]). Der code civil erfordert Testaments-

---

[1]) Vergl. Bl. f. R. A. 39 S. 15; das österr. G. B. §§ 865, 1250; hess. Entw. IV, 2 Art. 434—436.

[2]) Vergl. Stobbe § 311 Anm. 21, 22; Roth § 333 Anm. 10, aber dagegen Stobbe § 311 Anm. 22 a.

[3]) Vergl. Stobbe § 311 Anm. 21, u. A.

[4]) Auch das nass. Recht nach Bertram (2. A.) § 2196.

form oder die Form für Schenkungen unter Lebenden, es sei denn der Vertrag in einem Heirathsvertrage geschlossen. Testamentsform verlangt das preuß. A. L. R. I, 12 § 621—623 (vergl. aber auch II, 1 § 441; A. G. O. II, 1 § 10 Nr. 5, II, 4 § 15; hierzu Entsch. d. R. G. Bd. 17 S. 211, 212) und, sofern eine Ehefrau einen solchen Vertrag schließen will und von ihren Rechten etwas aufgeben soll, gerichtliche Form unter Zuziehung eines Beistandes[1]). Das sächs. G. B. § 2546 verlangt die Form des gerichtlichen letzten Willens, das österr. G. B. § 1249 alle Erfordernisse des schriftlichen Testamentes, Mommsen §§ 193—195 die ordentliche Testamentsform. Nach dem braunschw. Ges. v. 16. November 1860 § 1 ist gerichtlicher oder notarieller Abschluß oder die Beobachtung der Testamentsformen vorgeschrieben.

Der Entwurf bestimmt, daß der Vertrag nur vor Gericht oder Notar geschlossen werden könne (Abs. 1). Es ist also dieselbe Form vorgeschrieben wie im Falle des § 1616. Die Vertragschließenden müssen gleichzeitig vor Gericht oder Notar anwesend sein und hier die Willenserklärungen abgeben. Ausgeschlossen ist damit, daß die Vertragschließenden eine den Erbeinsetzungsvertrag enthaltende Schrift übergeben (vergl. § 1918). Das Letztere bei diesem Vertrage wie bei dem Testamente mit dem preuß. A. L. R. I, 12 § 621, dem sächs. G. B. § 2546, u. A. zuzulassen, ist nicht für angemessen erachtet. Bei Uebergabe einer solchen Schrift wird nur die Uebereinstimmung in Ansehung des Uebergabeaktes erklärt, in Ansehung des Inhaltes der Willenserklärungen auf ein Schriftstück verwiesen, welches nicht zum Vortrage gelangt. Daß eine derartige in gewisser Weise mystische Verlautbarung des Willens zugelassen wird, bildet eine Ausnahme von der Regel. Eine solche Ausnahme erscheint in Ansehung des Testamentes angemessen, um dem Verfügenden, welcher sich Niemandem gegenüber bindet, die volle Freiheit der Geheimhaltung des Inhaltes der Verfügung zu gewähren. Dieser Grund trifft für den Erbeinsetzungsvertrag nicht zu, da eine Mittheilung des Willens in der Natur des Vertrages liegt. Hiernach ist ebenso wie im Uebrigen an der durch den Vertragskarakter nur wenig modifizirten gerichtlichen oder notariellen Form festgehalten.

Anwendung von Vorschriften über Testamentserrichtung.

Für die Errichtung des Erbeinsetzungsvertrages wird eine Anzahl der für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung gegebenen Vorschriften für entsprechend anwendbar erklärt (Abs. 2), nämlich, abgesehen von dem zum § 1944 zu würdigenden § 1921 und abgesehen von dem § 1922 (welcher hier nicht in Betracht kommt), alle Vorschriften, welche sich nicht auf die Uebergabe einer Schrift beziehen, mit der Maßgabe, daß diese Vorschriften, soweit sie auf den Verfügenden sich beziehen, auf beide Vertragschließende zu beziehen sind. Zugleich wird ausgesprochen, daß die Errichtung des Vertrages nur durch mündliche Erklärung des Vertragsinhaltes von Seiten der Vertragschließenden erfolgen kann. Hierfür ist im Allgemeinen maßgebend, daß die Vorschriften des Entwurfes über die Testamentserrichtung nicht durch die Einseitigkeit des Rechtsgeschäftes und den damit verbundenen Mangel eines Erklärungsempfängers nöthig gemacht sind, sondern eine erhöhte, reichsgesetzlich zu all-

[1]) Vergl. Eccius § 247 S. 328, Anm. 35—37; Dernburg § 176 Anm. 9 ff.

gemeiner Geltung gebrachte Gewähr dafür bieten sollen, daß bei einem so wichtigen Rechtsgeschäfte die Erfüllung aller Voraussetzungen für die Gültigkeit desselben thunlichst feststeht und künftigen Streitigkeiten über Verfügungen auf den Todesfall vorgebeugt wird. Diese Rücksichten treffen bei dem Erbeinsetzungsvertrage mindestens in gleichem Maße zu. Dazu kommt, daß Verschiedenheiten in der Formalisirung zu mannigfachen Unzuträglichkeiten führen könnten. Ganz besonders aber ist von Belang, daß erhebliche Formerleichterungen die Umgehung der Formvorschriften für letztwillige Verfügungen ermöglichen würden.

Die Ausdehnung der auf den Verfügenden sich beziehenden Vorschriften auf beide Vertragschließende ist geboten, um zu vermeiden, daß das Gesetz lückenhaft befunden werde.

Nicht angezogen und nicht anwendbar sind die Vorschriften über die außerordentlichen Testamentsformen. Das preuß. A. L. R. I, 12 § 622 spricht dies besonders aus.

Der § 1922 schließt nur für den darin bezeichneten Fall die Errichtung einer letztwilligen Verfügung durch Uebergabe einer Schrift aus. Da nach dem Vorstehenden eine solche Form für die Errichtung eines Erbeinsetzungsvertrages nicht zugelassen ist, so paßt die Vorschrift hier nicht.

Konversion.

Eine Vorschrift, daß in Ansehung der Konversion die allgemeinen Vorschriften des § 111 gelten, daß also zuzusehen ist, ob der als Vertrag ungültige Erbeinsetzungsvertrag als Testament aufrecht erhalten werden könne, ist nicht erforderlich. Zwar findet sich im geltenden Rechte die Vorschrift, daß in Ansehung des Erbeinsetzungsvertrages eine Konversion nicht stattfinde (preuß. A. L. R. I, 12 § 619; sächs. G. B. § 2547)[1]). Allein daraus kann ein Anlaß nicht entnommen werden, das Gegentheil besonders vorzuschreiben, zumal die Aufnahme einer solchen Vorschrift die Tragweite des § 111 zu verdunkeln geeignet wäre (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 218). Noch weniger besteht ein Grund, eine Ausnahme von der Zulassung der Konversion für den besonderen Fall auszusprechen, daß der Bedachte mit der Annahme zugleich auf sein gesetzliches Erbrecht auch für den Fall der Ausschlagung des ihm vertragsweise Zugedachten verzichten sollte und der Vertrag als solcher wegen mangelnder Annahme ungültig ist. Eine derartige Entscheidung würde als kasuistisch bezeichnet werden können.

Etwas Besonderes für den Fall der Konversion eines Erbeinsetzungsvertrages in eine letztwillige Verfügung zu bestimmen, besteht kein Anlaß. Eine Vermuthung für einen der Konversion entsprechenden Willen des Erblassers aufzustellen, würde nicht gerechtfertigt sein.

§ 1944.

Stumme.

Die Vorschriften des § 1921 eignen sich an sich nicht zur Anwendung auf die Errichtung eines Erbeinsetzungsvertrages seitens des Gebrechlichen, da

---

[1]) Vergl. Stobbe § 311 Anm. 60; — andererseits Windscheid § 82 Nr. 5, § 529 Anm. 3; Unger § 26, sowie österr. G. B. § 1250; Mommsen § 196 (dessen Mot. S. 267).

nur die Form durch Uebergabe einer Schrift gestattet wird, diese Form aber für den Erbeinsetzungsvertrag nicht zugelassen ist und die dafür geltend gemachten Gründe (vergl. S. 316) auch in dem vorliegenden Falle ihre Geltung behalten. Eine Verweisung auf den § 1921 würde deshalb nicht zulässig sein.

Enthielte das Gesetz für den Fall der Errichtung eines Erbeinsetzungsvertrages seitens der im § 1921 bezeichneten Gebrechlichen keine Vorschrift, so müßten sich Zweifel erheben, ob die Vornahme eines solchen Rechtsgeschäftes durch einen Gebrechlichen ausgeschlossen sei, oder ob es nach den landesgesetzlichen Vorschriften über die Abgabe der Erklärungen einer solchen Person im Verfahren der nichtstreitigen Rechtspflege sich bestimme, in welcher Weise dieselbe einen Erbeinsetzungsvertrag zu errichten habe. Einer solchen Person die Errichtung eines Erbeinsetzungsvertrages zu versagen, wäre nicht gerechtfertigt, da es möglich bleibt, sich mit ihr über den von ihr zu erklärenden Willen durch schriftliche Mittheilungen ihrerseits zu verständigen. Hiervon ausgegangen, ist es geboten, auch in Ansehung dieses Gebrechlichen durch eine reichsgesetzliche Regelung einzugreifen und dadurch Zweifel zu beseitigen sowie Ungleichheiten des Rechtes zu vermeiden.

In Ansehung des Stummen oder zu sprechen Verhinderten kann die Schrift die Stelle der Rede vertreten. Für die Testamentserrichtung schließt die dort gewährte weitergehende Erleichterung die Zulässigkeit der hier bestimmten Errichtungsart ein. Die schriftliche Erklärung tritt völlig an die Stelle des gesprochenen Wortes. Der unterscheidende Umstand, daß die schriftliche Erklärung sich bleibend auf dem Papiere festhalten läßt, führt dazu, daß nicht nur die Abgabe der Erklärung und deren Inhalt durch den verhandelnden Beamten zu beurkunden ist, sondern daß zur Vermehrung der Sicherheit die betreffende Person selbst in der Errichtungsurkunde, sei es in dem aufzunehmenden Protokolle, sei es in einer diesem beizufügenden Anlage, in Gegenwart der mitwirkenden Personen die Erklärung niederschreibt. Auf solche Weise wird das geschriebene Wort körperlich aufbewahrt, während das gesprochene Wort nur in der Urkunde bezeugt wird. Nicht erforderlich ist, daß der Stumme oder zu sprechen Verhinderte den ganzen Vertragsinhalt niederschreibt. Vielmehr genügt, daß er seine entscheidende Erklärung, aus welcher die Vertragschließung sich ergiebt, selbst schreibt. Dies kann auch in der Weise geschehen, daß der von dem anderen Vertragschließenden angegebene oder sonst durch die Verhandlung ermittelte Vertragsinhalt in das Protokoll aufgenommen wird und nunmehr der mit dem Mangel Behaftete eigenhändig vermerkt, er habe von dem Vertragsinhalte durch Vorlesen oder Durchlesen Kenntniß genommen und sei hiermit sowie mit der Vertragschließung einverstanden. Ob auch der Vertragsinhalt durch Bezugnahme auf eine Protokollanlage beurkundet werden kann, bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen, welche für die Aufnahme der gerichtlichen oder notariellen Vertragsprotokolle gelten. Eine besondere Vorschrift über die Zulässigkeit der Bezugnahme auf eine Anlage ist nicht erforderlich. Selbstverständlich ist, daß in der schriftlichen Erklärung des Verfügenden die zum Zustandekommen des Vertrages erforderliche Willensentscheidung vollständig enthalten und ersichtlich gemacht sein muß.

In Ansehung der Feststellungen im Protokolle und der Genehmigung des Protokolles schließen sich die Vorschriften völlig dem § 1921 an.

§ 1945.

Verschließung, Verwahrung, Verkündung.

Die Vorschriften über die Verschließung, Verwahrung und Verkündung des Erbeinsetzungsvertrages entsprechen den §§ 1932, 1937—1939. Die Angleichung der Vorschriften über die Errichtung eines Erbeinsetzungsvertrages an die über die Errichtung einer letztwilligen Verfügung läßt es geboten erscheinen, auch in den angegebenen Richtungen, soweit thunlich, Vorschriften aufzunehmen.

Nicht für alle Fälle läßt sich im Wege einer Ordnungsvorschrift bestimmen, daß die Urkunden über Erbeinsetzungsverträge, ebenso wie die in ordentlicher Form oder vor einem Gemeindevorsteher errichteten Testamente, aus der gewöhnlichen amtlichen Verwahrung in die besonders geartete Verwahrung für Testamentsurkunden gebracht werden. Denn es kann den Vertragschließenden die Befugniß nicht verschränkt werden, sich Ausfertigung ertheilen zu lassen und, wenn die Ausfertigung ertheilt ist, haben die Betheiligten kaum ein Interesse daran, daß die Urkunde in einer besonderen Art verwahrt werde. Es kann aber den Vertragschließenden andererseits nicht versagt werden, die Anwendung der an sich zulässigen Sicherheitsmaßregeln zu verlangen und demgemäß die Versiegelung der Urkunde sowie deren Aufnahme in den Testamentsgewahrsam, oder allein die letztere Maßnahme zu beantragen[1]).

Wird von den Vertragschließenden die Versiegelung und besondere Aufbewahrung der Vertragsurkunde verlangt, so gelangt sie, wie eine Testamentsurkunde, verschlossen, ohne vorgängige Ausfertigung, in die besondere amtliche Verwahrung. Nur auf gemeinsamen Antrag beider Vertragschließenden kann der Verschluß aufgehoben und eine Ausfertigung ertheilt werden. Befindet sich die so verschlossene, nicht ausgefertigte Urkunde in amtlicher Verwahrung, so ist es angemessen, in Ansehung der Verkündung und Mittheilung die §§ 1937—1939 entsprechend anzuwenden, so jedoch, daß die darin enthaltenen Verfügungen des noch lebenden Vertragschließenden weder zu verkünden noch in anderer Weise zur Kenntniß der Betheiligten zu bringen sind. Die Vorschriften passen dann nicht, wenn die Urkunde nicht verschlossen ist oder offen in die amtliche Verwahrung gelangt ist. In einem solchen Falle muß jedem Vertragschließenden auf sein Verlangen und auf seinen einseitigen Antrag eine Ausfertigung ertheilt werden. Mag die Ausfertigung aber ertheilt sein oder nicht, so können die Vorschriften der §§ 1937—1939 doch schon deshalb nicht angewendet werden, weil die Urkunde zur Disposition des Gerichtes oder des Notares bleiben muß.

Vertragsantrag.

Eine Vorschrift darüber, daß bei einem Erbeinsetzungsvertrage der Vertragsantrag den Antragenden nicht bindet (§§ 80 ff.), ist nicht auf-

---

[1]) Vergl. preuß. A. L. R. I, 12 § 623 nebst Anh. § 43, A. G. O. II, 4 § 15 nebst Anh. § 431, Dernburg § 176 Anm. 12, 13, Eccius § 274 bei Anm. 35.

genommen. Eine allgemeine Frage ist es, ob bei einem formalisirten Vertrage ein dem Formerfordernisse entsprechender und bindender Vertragsantrag überhaupt denkbar ist, und ob nicht ein solcher Antrag mit der Vertragschließung zusammenfallen muß. Diese Frage ist im Allgemeinen Theile nicht entschieden (vergl. Motive dazu S. 167); in Ansehung des Erbeinsetzungsvertrages bedarf sie um so weniger einer Lösung, als das nach dem § 83 allein interessirende Stadium der Bindung entfällt, weil es sich um Schließung eines Vertrages unter Anwesenden handelt. Aus dem nach dem § 1946 anwendbaren § 1754 ergiebt sich zudem, daß eine Verpflichtung zur Eingehung eines Erbeinsetzungsvertrages nicht wirksam übernommen werden kann.

§ 1946.

4. Anwendung von Vorschriften über letztw. Verfügung.

Nach der aufgestellten Regel, daß auf die Erbeinsetzung durch Vertrag, soweit nicht aus dem Gesetze ein Anderes sich ergiebt, die für die Erbeinsetzung durch letztwillige Verfügung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden, sind sowohl die allgemeinen Vorschriften der §§ 1753 ff. als die Vorschriften der §§ 1788 ff. entsprechend anwendbar, soweit nicht in dem Abschnitte über den Erbeinsetzungsvertrag ein Anderes bestimmt ist. Allerdings kann eine Anzahl jener Vorschriften nicht wohl Anwendung finden. Soweit für die Anwendbarkeit Raum nicht vorhanden ist, wird die Bezugnahme nicht nachtheilig sein. Dagegen würde die Bezeichnung der einzelnen anwendbaren Vorschriften leicht zu einer Auslassung führen können. Die allgemein gehaltene Verweisung erscheint daher rathsam (vergl. Mommsen § 197, dessen Mot. S. 267, 268).

Anwachsung.

Die Verweisung auf die für die Erbeinsetzung geltenden Vorschriften macht es entbehrlich, über die Anwachsung bei vertragsmäßiger Erbeinsetzung eine Vorschrift aufzunehmen. Das geltende Recht ist in dieser Beziehung verschieden, zum Theil sehr streitig[1]). Zu besonderen Vorschriften über die Anwachsung hat der Entwurf keinen Anlaß.

Zweifelhaft kann nur erscheinen, ob es nicht angemessen sei, auszusprechen, daß, wenn die mehreren Erben in verschiedenen Erbeinsetzungsverträgen eingesetzt sind, Anwachsung nicht stattfinde, weil es insoweit an einem hinreichenden Anhalte dafür fehlt, daß der Wille des Erblassers hierauf gerichtet war, es sei denn, daß eine besondere Kundgebung eines solchen Willens vorliegt.

---

[1]) Vergl. Windscheid § 604 Anm. 8 mit § 537 Anm. 8; Roth § 335 Anm. 54 bis 60, § 378 Anm. 40, 41; verneint ist das Anwachsungsrecht von Kreittmayr zum bayr. L. R. III, 11 § 1 Nr. 6, von Stein § 122 für das württemb. Recht, von dem württemb. Entw. (mit einigen Modifikationen) Art. 36 b, 37, dem hess. Entw. Art. 134 mit IV, 2 Art. 541, 548, 551. — Das preuß. A. L. R. I, 12 § 645 läßt das Anwachsungsrecht wie bei letztwilligen Verfügungen Platz greifen; das Gleiche dürfte gelten vom franz. Rechte, soweit dasselbe diese Verträge kennt, Merlin inst. contr. § 10 Nr. VI bis VIII; Mommsen § 239 folgt dem preuß. A. L. R. Das sächs. G. B. § 2252 läßt Anwachsung nur eintreten, wenn in einem Erbvertrage Mehrere bedacht sind ohne Angabe, wie viel ein Jeder erhalten soll.

Soweit nicht die letztere Ausnahme zutrifft, ist ersichtlich, daß der Erblasser die Anwachsung nicht gewollt haben kann. Daß dies werde verkannt werden, ist nicht anzunehmen.

Aus dem gleichen Grunde ist nicht besondere Vorsorge zu treffen für den Fall, daß einzelne Erben durch letztwillige Verfügung, andere durch Vertrag eingesetzt sind.

Anwendbarkeit der Vorschriften über Verträge.

Der Erbeinsetzungsvertrag ist zugleich ein Vertrag. Dies ergiebt schon seine Bezeichnung. Es bedarf deshalb keiner besonderen Vorschrift, daß auf denselben die allgemeinen Vorschriften über Verträge Anwendung finden, soweit für deren Anwendung Raum bleibt. Dagegen finden, ebenso selbstverständlich, die Vorschriften der §§ 344—369, welche sich nur auf obligatorische Verträge beziehen, auf den Erbeinsetzungsvertrag nicht Anwendung. Freilich ergeben sich Schwierigkeiten daraus, daß neben den Vorschriften über Verträge die Vorschriften über Erbeinsetzung zur Anwendung zu bringen sind. Diese Schwierigkeiten lassen sich jedoch durch eine allgemeine Vorschrift, daß auch die Vorschriften über Verträge zur Anwendung zu bringen seien, nicht lösen[1]).

Minderungen des Bruchtheiles.

Daß im Zweifel der Vertragserbe gegenüber den letztwillig eingesetzten Erben den in den §§ 1793, 1795 vorgesehenen Minderungen des Bruchtheiles nicht unterliege, kann nicht bestimmt werden. Wenn der Erbeinsetzungsvertrag nur die Einsetzung als Vertragserbe enthält, so versteht sich von selbst, daß außerhalb des Vertrages liegende Erbeinsetzungen dem Rechte des Vertragserben nicht entgegenstehen. Sind neben der vertragsmäßigen Erbeinsetzung andere Erbeinsetzungen in dem Vertrage enthalten, so würde eine Auslegungsregel zu Gunsten des Vertragserben nicht gerechtfertigt sein. Bei Ermittelung des wirklichen Willens des Erblassers, welcher in der Bezeichnung der Bruchtheile der eingesetzten Erben sich vergriffen hat, ist der Inhalt des Vertrages im Ganzen in Betracht zu ziehen und der Auslegung zu Grunde zu legen.

Bedingungen.

Für das geltende Recht wird die Auffassung vertreten, in Ansehung der einer Erbeinsetzung durch Vertrag beigefügten Bedingungen seien die Vorschriften anzuwenden, welche für die Einsetzung durch Testament gelten[2]), aber auch die Ansicht wird aufgestellt, die für Verträge geltenden Vorschriften seien anzuwenden[3]). Für das gemeine Recht haben beide Ansichten Vertretung gefunden[4]). Der Entwurf hat keinen Anlaß, auf diese Frage einzugehen, da schon in Ansehung des Testamentes besondere Vorschriften über widersinnige, unerlaubte, unmögliche Bedingungen nicht aufgenommen sind (vergl. S. 17 ff.). Die Vorschriften der §§ 1762, 1763 für den Erbeinsetzungsvertrag außer An-

---

[1]) Vergl. Mommsen's Mot. S. 264, 265; Stobbe § 311 S. 284.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 647, Dernburg § 176 Anm. 6, Eccius § 247 Anm. 55; sächs. G. B. § 2549.

[3]) Oesterr. G. B. § 1251 mit §§ 897—907; württemb. Entw. Art. 24, 25a, 25b; hess. Entw. IV, 2 Art. 542, vergl. aber Art. 549.

[4]) Stobbe § 311 Anm. 29; Unger § 26 Anm. 14; Mommsen § 197 (Mot. S. 267, 268) schlägt einen Mittelweg ein.

wendung zu setzen, fehlt es an hinreichendem Anlasse; jedenfalls liegt hierfür kein Grund in der besonderen Natur des Erbeinsetzungsvertrages und in der bindenden Kraft des Vertrages.

§ 1947.

5. Willensmängel.

Das Willensdogma ist in Ansehung letztwilliger Verfügungen (§ 1779) strenger durchgeführt als in den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte. Die dort bestimmten Ausnahmen beruhen auf der eigenthümlichen Natur des Testamentes, eines streng einseitigen Rechtsgeschäftes. Giebt der Verfügende die Erbeinsetzung vertragsmäßig an einen anderen Vertragschließenden hin, so treffen alle Gründe zu, welche die volle Anwendung der zum Schutze des Empfängers einer Willenserklärung in den §§ 95—99 gegebenen Vorschriften rechtfertigen.

§ 1948.

III. Anfechtung 1. durch den Erblasser.

Wenn auf den Erbeinsetzungsvertrag gleichzeitig die Vorschriften über Verträge und über letztwillige Verfügungen zur Anwendung zu bringen sind, so ergeben sich Schwierigkeiten auch in Ansehung derjenigen Vorschriften, welche sich auf die Nichtgültigkeit der Willenserklärung wegen Zwanges, Betruges und Irrthumes in den Motiven und auf die aus einem solchen Mangel sich ergebende Anfechtbarkeit der Willenserklärung beziehen. Die Vorschriften über Verträge können so wenig als die über letztwillige Verfügungen in dieser Beziehung ausschließlich für anwendbar erklärt werden.

In Abweichung von den Vorschriften der §§ 1780 ff. muß bei dem Erbeinsetzungsvertrage dem die Verfügung Errichtenden das Anfechtungsrecht eingeräumt werden; dasselbe wird hier nicht durch das stärkere Recht des freien Widerrufes entbehrlich.

Der § 1780 erweitert in Ansehung der letztwilligen Verfügung das Anfechtungsrecht, welches der § 103 dem durch Drohung oder Betrug zur Abgabe einer Willenserklärung Bestimmten beilegt insofern, als im § 1780 nicht, wie im § 103 Abs. 2, die Anfechtbarkeit beschränkt ist, wenn der Betrug von einem Dritten verübt ist. In einem solchen Falle ist nach dem § 103 Abs. 2 die Anfechtung nur zugelassen, wenn der Empfänger der Willenserklärung den Betrug kannte oder kennen mußte. Der § 1780 hat eine solche Beschränkung nicht. In Ansehung des Erbeinsetzungsvertrages würde die unbeschränkte Anfechtbarkeit in einem solchen Falle den Vertragschließenden in unbilliger Weise beschweren, zumal wenn eine Gegenleistung in Frage steht und etwa schon von ihm geleistet ist.

Der Inhalt der Verfügung ist bei dem Erbeinsetzungsvertrage die Erbeinsetzung. Diese verdient den gleichen Schutz wie die Erbeinsetzung in einer letztwilligen Verfügung. Die Rücksicht hierauf überwiegt die auf den anderen Vertragschließenden zu nehmende Rücksicht, sodaß der § 1781 für anwendbar zu erklären ist.

Wird die dem § 1782 zu Grunde liegende Auffassung auf den Erbeinsetzungsvertrag übertragen, so ergiebt sich das Bedürfniß, in Ansehung

dieses Vertrages dem Erblasser ein entsprechendes Anfechtungsrecht beizulegen, weil er durch den Fortbestand des Vertrages, zu dessen Abschlusse er durch einen Irrthum oder eine Voraussetzung, wie sie zur Anwendung des § 1782 erforderlich ist, sich veranlaßt fand, in seinen Rechten beeinträchtigt wird. Zwar läßt sich dagegen einwenden, die nach dem Abschlusse des Vertrages dem Verfügenden bekannt gewordenen oder die nach dieser Zeit neu hinzugetretenen Pflichttheilsberechtigten könnten wieder wegfallen. Allein der Einwand ist nicht durchgreifend. Denn es ist anzunehmen, der Verfügende würde einen Erbeinsetzungsvertrag überhaupt nicht abgeschlossen haben, wenn ihm die Aenderung der Sachlage, welche durch den Wegfall der ihn zur Verfügung bestimmenden Thatsache eingetreten ist, bekannt gewesen wäre. Dazu kommt, daß der Verfügende ein höchst beachtenswerthes Interesse haben kann, während seiner Lebenszeit feststellen zu lassen, daß der Erbeinsetzungsvertrag unwirksam ist, damit er für eine anderweite Verfügung Sicherheit gewinne. In Ansehung des § 1782 bedarf indessen die entsprechende Anwendung einer Modifikation. Ein Pflichttheilsberechtigter kann als solcher nur zur Zeit des Erbfalles vorhanden sein. Dem Vertragschließenden selbst ist aber das Anfechtungsrecht zu gewähren, sobald die Veränderung der Sachlage ihm bekannt geworden ist. In den Fällen des § 1782 muß daher an die Stelle der Zeit des Erbfalles hier die Zeit der Anfechtung treten.

Die Vorschriften des § 1783 passen bei entsprechender Uebertragung auch für den Erbeinsetzungsvertrag.

seitens der Ehegatten 2c. Einsetzung eines Dritten.

Der zweite Absatz wendet sich zu dem besonderen Falle, daß in einem zwischen Ehegatten oder Verlobten geschlossenen Erbeinsetzungsvertrage ein Dritter als Erbe eingesetzt ist. Für diesen besonderen Fall werden die Vorschriften des § 1783 für entsprechend anwendbar erklärt, weil in diesem Falle regelmäßig die Einsetzung der Vertragserben in gleicher Abhängigkeit von der Voraussetzung der Fortdauer der Ehe oder des Verlöbnisses steht und deshalb in gleicher Weise wie die Einsetzung des anderen Vertragschließenden in einer letztwilligen Verfügung anfechtbar sein muß.

Genehmigung des anfechtbaren Vertrages.

Der dritte Absatz befaßt sich mit der Genehmigung des anfechtbaren Erbeinsetzungsvertrages seitens des Verfügenden. Die Genehmigung der anfechtbaren letztwilligen Verfügung kommt deshalb nicht in Betracht, weil die letztwillige Verfügung schlechthin widerruflich bleibt, auch wenn sie genehmigt ist. Bei dem Erbeinsetzungsvertrage ist dagegen die Genehmigung von Belang, da der Verfügende an sich gebunden ist. Deshalb muß bestimmt werden, daß das aus besonderen Umständen sich ergebende Recht auf die Aufhebung der Bindung im Wege der Anfechtung durch die Genehmigung des Vertrages seitens des Verfügenden beseitigt wird. Im Anschlusse an den § 113 Abs. 3 (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 222) wird für diese Genehmigung eine besondere Form nicht vorgeschrieben. Auch bei anderen formalisirten Verträgen, insbesondere bei den Verträgen über Rechte an Grundstücken, weicht der Entwurf von den allgemeinen Grundsätzen über Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte nicht ab. Dazu kommt, daß das anfechtbare Rechtsgeschäft, solange es nicht angefochten ist, rechtlichen Bestand hat. Die Genehmigung ist nicht als eine Art von Wiederholung des Rechtsgeschäftes an-

zusehen; sie beseitigt nur ein gegen den Fortbestand des Rechtsgeschäftes sich richtendes Recht.

Ausschließung der Vertretung.

In Ansehung der Anfechtung sowie der Genehmigung erhebt sich die Frage, ob dieselben durch einen Vertreter, insbesondere durch einen gesetzlichen Vertreter erfolgen können. Der vierte Absatz verneint die Frage.

Von den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten kommen hier nur die wegen Verschwendung Entmündigten und die nach den §§ 1727, 1737 verbunden mit dem § 71 bevormundeten Volljährigen in Betracht. Nur auf die persönliche Willensentscheidung des Verfügenden ist bei der Anfechtung Gewicht zu legen, in gleicher Weise, wie bei der Genehmigung und Anfechtung einer anfechtbaren Ehe durch einen Ehegatten und bei der Anerkennung und Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes durch den Ehemann (§§ 1263, 1265, 1474), da auch die Errichtung des Erbeinsetzungsvertrages nur durch persönliche Erklärung des Verfügenden erfolgen kann (§ 1941). Nicht das Gleiche kann von den Erklärungen gelten, welche auf den Bestand des Erbeinsetzungsvertrages von Einfluß sind. Zwar muß auch in Ansehung der Anfechtung der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte, wie bei der Testamentserrichtung (§ 1912 Abs. 2), selbständig und unabhängig von dem gesetzlichen Vertreter handeln können. Dagegen wäre es bedenklich, die Genehmigung des Erbeinsetzungsvertrages seitens des in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten noch zuzulassen, da die rechtlichen Folgen der Genehmigung von gleicher Bedeutung sind wie die Folgen der Schließung eines neuen Erbeinsetzungsvertrages, und da die Genehmigung für den Erblasser die gleichen Gefahren mit sich bringt wie die Schließung eines neuen Vertrages (§ 1942). Dagegen kann eingewendet werden, der Erblasser vermöge das gleiche Ergebniß durch Nichtbenutzen der Anfechtung herbeizuführen, es müsse ihm also auch die Genehmigung gestattet werden. Die Einwendung kann jedoch nicht als zutreffend anerkannt werden. Das passive Verhalten des Erblassers kann nicht einem Rechtsgeschäfte gleichgestellt werden. Wenn in den §§ 1263, 1265, 1474 der persönlichen Willensentscheidung eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten auch nach der positiven Seite hin Wirksamkeit beigelegt ist, so rechtfertigt sich diese Abweichung von dem hier befolgten Grundsatze durch die besondere Natur der in den Fällen jener Vorschriften in Betracht kommenden Rechtsfolgen, Unanfechtbarkeit der Ehe, Ehelichkeit des Kindes.

Präklusivfrist für die Anfechtung.

Der fünfte Absatz bindet das Anfechtungsrecht des Verfügenden an eine Präklusivfrist. Er überträgt die Vorschriften des § 104; dieselben erscheinen auch hier angemessen. Nicht übertragen ist die Vorschrift des § 104 Abs. 2. Die Gründe, aus welchen diese Vorschrift im Falle des § 2040 übertragen ist, treffen nicht zu, soweit es sich um das Anfechtungsrecht des Erblassers selbst handelt; es hat noch kein Erbübergang stattgefunden, vielmehr gelangt auch der Erbeinsetzungsvertrag wie eine letztwillige Verfügung erst mit dem Eintritte des Erbfalles zur Wirksamkeit. Allerdings kann geltend gemacht werden, der zweite Absatz des § 104 beziehe sich gleichfalls auf bedingte Willenserklärungen unter Lebenden. Allein von diesen unterscheidet sich die Verfügung von Todeswegen wesentlich. Der Erblasser kann die letztwillige

Verfügung während seines ganzen Lebens widerrufen. Dementsprechend kann der Erblasser, solange er lebt, den Einsetzungsvertrag anfechten. Anders steht es in Ansehung des Erbverzichtvertrages. Der Verzichtende kann seine Erklärung in Gemäßheit des § 104 anfechten. Der Erblasser selbst hat, soweit er nur den Verzicht annimmt, keinen Anlaß zur Anfechtung, er habe denn eine Abfindung für den Verzicht gewährt. Letzterenfalls findet der § 104 gleichfalls Anwendung. War mit dem Verzichte ein Erbeinsetzungsvertrag verbunden, so gelten die Vorschriften in Ansehung des letzteren.

§ 1949.

2. durch andere Personen.

Daß auch den im § 1784 bezeichneten Personen in Ansehung des Erbeinsetzungsvertrages ein Anfechtungsrecht nach Maßgabe der §§ 1780—1785 und § 1948 Abs. 2 gewährt werden muß, kann nicht zweifelhaft sein. Dafür sprechen alle diejenigen Gründe, welche zur Aufnahme der §§ 1780—1785 geführt haben. Andererseits kann diesen Personen nicht wohl ein Anfechtungsrecht in größerem Umfange beigelegt werden, als dem Verfügenden selbst zusteht. Daher rechtfertigt sich der Zusatz, daß sie im Falle der Anfechtung wegen Betruges nur mit der aus dem § 103 Abs. 2 sich ergebenden Beschränkung anfechten können (vergl. S. 322).

Pflichttheilsberechtigte.

In Ansehung des Anfechtungsrechtes Pflichttheilsberechtigter bedarf es einer besonderen Vorschrift nicht. Es versteht sich von selbst, daß deren Anfechtungsrecht nicht davon abhängt, ob sie die Eigenschaft als Pflichttheilsberechtigte schon vor dem Abschlusse des Erbeinsetzungsvertrages oder erst nachher erlangt haben.

Wegfall des Anfechtungsrechtes.

Voraussetzung dieses Anfechtungsrechtes der Dritten ist (Abs. 2), daß das Anfechtungsrecht des Verfügenden nicht bereits zur Zeit des Erbfalles erloschen ist. Ihnen dieses Recht auch dann zu gewähren, wenn der Verfügende selbst die aufgestellte Präklusivfrist hat unbenutzt verstreichen lassen, besteht kein Bedürfniß. Da die Dritten nicht als Rechtsnachfolger des Verfügenden anfechtungsberechtigt sind, kann der Umstand, daß die Anfechtungsfrist für den Verfügenden schon zum Theil abgelaufen war, keinen Anlaß geben, ihnen die Frist zu kürzen.

Anfechtungsgegner.

Bei dem Erbeinsetzungsvertrage läßt sich nicht als das in Ansehung der Erbfolge eigentlich Wirksame ein Testament unterscheiden oder aussondern und danach der Anfechtungsgegner in gleicher Weise wie bei der Anfechtung der letztwilligen Verfügung bestimmen. Hiervon ausgegangen, kann eine Vorschrift darüber, wer gegenüber den anfechtungsberechtigten Dritten der Anfechtungsgegner sei, entbehrlich erscheinen, da schon aus dem § 113 Abs. 2 (Motive zum Allg. Th. S. 221), abgeleitet werden könne, daß die Anfechtung gegen den anderen Vertragschließenden zu richten sei, weil es sich um die Wirksamkeit eines Vertrages handele. Allein in Ermangelung einer Vorschrift würde sich ein Zweifel, ob der § 113 Abs. 2 anwendbar sei, daraus herleiten lassen, daß bei einer solchen Anfechtung nicht der eine Vertragschließende oder dessen Rechtsnachfolger der anfechtende Theil ist (vergl. § 1277 Abs. 2). Diesen Zweifel zu beseitigen, wird bestimmt, daß derjenige

der Anfechtungsgegner sei, welcher mit dem Erblasser den Vertrag geschlossen hat (Abs. 1 Satz 2).

Hiergegen kann erinnert werden, es finde die Anfechtung gegenüber einem Gegner statt, der möglicherweise, z. B. bei einem Erbeinsetzungsvertrage zu Gunsten eines Dritten, selbst in seinen Rechten durch die Wirkung der Anfechtung nicht berührt werde. Allein dieser Umstand nöthigt nicht zu einer anderen Entscheidung, denn das gleiche Ergebniß kann bei der Anfechtung eines Vertrages zu Gunsten eines Dritten eintreten, und ist auch dort nicht beanstandet.

§ 1950.

IV. Wirkung.

In mehreren geltenden Rechten besteht Meinungsverschiedenheit darüber, ob der als Vertragserbe eingesetzte gesetzliche Erbe durch Schließung des Vertrages auf sein gesetzliches Erbrecht verzichte[1]).

1. Verhältniß zu dem gesetzlichen Erbrechte des Vertragserben;

Der Erbeinsetzungsvertrag enthält, auf seinen nächsten und unmittelbaren Inhalt gesehen, nur eine Vereinbarung, durch welche der eine Theil den anderen Theil mit oder ohne Gegenleistung zum Erben einsetzt. Nicht anders verhält es sich bei dem gegenseitigen Erbeinsetzungsvertrage; der Umstand, daß bei diesem zwei Erbeinsetzungen neben einander laufen und in ein Verhältniß zu einander gebracht sind, bedingt keinen Unterschied.

Möglich bleibt, daß, wenn die Erbeinsetzung vertragsmäßig einem zur gesetzlichen Erbfolge Berechtigten hingegeben wird, in der Annahme seitens des Eingesetzten die Erklärung gefunden werde, er sei mit der ihm gemachten Zuwendung zufrieden und verzichte auf weitere Ansprüche in Ansehung des Nachlasses des Erblassers. Bei derartigen Verträgen wird auch in der That nicht selten der Wille der Vertragschließenden darauf gerichtet sein, die künftige Erbfolge vollständig und für alle Fälle zu regeln. Mit diesem Willen stimmt es nicht überein, wenn der eingesetzte Erbe an der gesetzlichen Erbfolge in den etwa frei gebliebenen Bruchtheil der Erbschaft Theil nimmt, wie dies in Ansehung einer letztwilligen Verfügung S. 64 für selbstverständlich erachtet ist.

Mit Rücksicht auf die in Doktrin und Praxis bestehenden Zweifel erscheint eine Entscheidung rathsam, indessen kann nur eine Auslegungsregel

[1]) Daß ein Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht gewollt sei, stellt der württemb. Entw. Art. 22, 31 als Regel auf; ähnlich das preuß. A. L. R. II, 1 §§ 445, 450 in Ansehung des Erbvertrages zwischen Ehegatten, sofern nicht über den Nachlaß ausdrücklich zu Gunsten einer gewissen Person verfügt und diese Person zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles nicht mehr vorhanden ist. Ob ein Gleiches für andere Verträge gelte, ist nicht entschieden in I, 12 §§ 629, 642, vergl. hierzu Dernburg § 177 Anm. 14—16, Eccius § 247 Anm. 46, 47, Entsch. d. Ob. Trib. Bd. 15 S. 180; vergl. ferner Mommsen §§ 20, 198, 228; hess. Entw. IV, 2 Art. 543, 547; Beseler II, 1 S. 275, 276, II, 2 S. 146; Roth § 335 Anm. 46, 48; Stobbe § 311 Anm. 45. Die Schriftsteller befassen sich zumeist mit der Frage, ob der Vertragserbe als solcher die Erbschaft ausschlagen und als gesetzlicher Erbe annehmen kann; vergl. österr. G. B. § 808.

gegeben werden, da der Beweis eines abweichenden Willens nicht allzu sehr erschwert werden darf. Die Regel wird zugleich darauf hinwirken, daß die Vertragschließenden ihren etwa abweichenden Willen deutlich und vollständig zum Ausdrucke bringen. Als Auslegungsregel wird aufgestellt, es sei nicht anzunehmen, daß der Verzichtende auf sein gesetzliches Erbrecht verzichtet habe. Es verbleibt also in der Regel bei demjenigen, was sich aus dem Wortsinne des lediglich eine Erbeinsetzung enthaltenden Vertrages ergiebt.

Fehlt es an einem bestimmten Anhalte für die Ermittelung des Willensinhaltes, so würden, auch wenn ein Verzicht für nicht unwahrscheinlich gehalten wird, mannigfache Dunkelheiten bestehen, wie weit der Verzicht tragen soll. Auch dieser Umstand spricht für die gewählte Auslegungsregel. Eine Regelung dahin, der Verzicht sei nur zu beziehen auf dasjenige gesetzliche Erbrecht, welches dem Vertragserben zustehen würde, wenn der Erbfall unmittelbar nach Schließung des Vertrages eingetreten wäre, also nicht auf die etwaigen Erweiterungen des gesetzlichen Erbrechtes, und der Verzichtswille sei nur anzunehmen, wenn der Vertragserbe das ihm vertragsweise Zugewendete annimmt, würde dem Vorwurfe einer gewissen Willkür unterliegen, auch nicht zu dem erstrebten Ergebnisse einer vollständigen Regelung durch den Vertrag führen.

Ehegatten.

Eine abweichende Auslegungsregel für den Fall, daß der Vertrag zwischen Ehegatten geschlossen wird, etwa dahin, der eingesetzte Ehegatte habe durch das ihm Zugewendete wegen seines gesetzlichen Erbrechtes und Pflichttheilsrechtes abgefunden sein sollen, ist nicht angemessen. Die für den anderen Fall geltend gemachten Gründe behalten auch hier ihr Gewicht. Eine solche Vorschrift würde zudem nicht im Einklange stehen mit dem § 1386, obschon das Bestehen einer Analogie nicht zu leugnen ist. Behält der Ehegatte, welcher die gütergemeinschaftliche Erbfolge ausschlägt, dennoch sein gesetzliches Erbrecht, so kann der entsprechende Fall des Erbeinsetzungsvertrages nicht wohl anders beurtheilt werden.

§ 1951.

2. Verfügungen unter Lebenden.

Daß der Erblasser durch Schließung eines Erbeinsetzungsvertrages in der Verfügung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht beschränkt wird, entspricht dem geltenden Rechte[1]).

Verzicht auf das Recht freier Verfügung.

Eine Vorschrift über die Zulässigkeit des Verzichtes auf das Recht der freien Verfügung unter Lebenden (vergl. sächs. G. B. § 2548; Mommsen § 199) ist nicht erforderlich. Daß durch Vertrag eine dinglich wirkende Verfügungsbeschränkung nicht auferlegt werden kann, ergiebt sich aus dem § 295 Abs. 2 und dem § 796. Eine lediglich obligatorische Bindung des Erblassers auszuschließen, fehlt es an zureichenden Gründen.

[1]) Stobbe § 311 Anm 30; Beseler, Priv. R. § 138 B. III; preuß. A. L. R. I, 12 § 624; österr. G. B. § 1252; sächs. G. B. § 2548; Mommsen § 199 Abs. 1; hess. Entw. IV, 2 Art. 544 Abs. 1.

Antragsrecht des Vertragserben auf Entmündigung.

Gegen den Mißbrauch dieses dem Erblasser eingeräumten Verfügungsrechtes giebt die für das Einführungsgesetz in Aussicht genommene Vorschrift (Anm. zum § 1951) einen gewissen Schutz. Der Entwurf stellt im § 29 nur die objektiven Voraussetzungen für den Antrag auf Entmündigung wegen Verschwendung in der Weise fest, daß als Zweck der Entmündigung der Schutz des Verschwenders selbst und seiner Familie erhellt. Dieser Umstand steht jedoch nicht entgegen, die Entmündigung wegen Verschwendung im Interesse anderer Personen zu verwerthen. Der Schutz, welcher durch die dem anderen Vertragschließenden beigelegte Antragsbefugniß erreicht werden kann, ist nur ein geringer. Indessen würde es bedenklich sein, diesen Schutz, welcher im größeren Theile des Reiches von dem geltenden Rechte dem Vertragserben gewährt wird (preuß. A. L. R. I, 12 § 626)[1]), dem Vertragschließenden zu versagen und ihm zuzumuthen, zuzusehen, falls die Verwandten nicht einschreiten, wie die vertragsmäßige Erbeinsetzung durch verschwenderische Erschöpfung des Vermögens dem Erfolge nach vereitelt wird. Es genügt jedoch, wenn eine hierauf sich beziehende Vorschrift in das Einführungsgesetz aufgenommen wird, zumal in diesem Gesetze das Recht, die Entmündigung wegen Verschwendung zu beantragen, zu regeln ist.

§ 1952.

Schenkung an einen Dritten.

Einen weiteren Schutz des Vertragserben gegen den Mißbrauch des Verfügungsrechtes seitens des Erblassers bezielt der § 1952. Dem Vertragserben (nicht demjenigen, welcher etwa durch ein besonderes neben dem Vertrage errichtetes Testament als Erbe eingesetzt ist) wird, auch wenn er nur auf einen Bruchtheil eingesetzt ist, der Bereicherungsanspruch zugebilligt gegen den Beschenkten, wenn und soweit der Vertragserbe Erbe geworden ist. Die Fassung „wenn und soweit" trifft die verschiedenen Fälle, daß der Vertragserbe zum Universalerben ernannt ist, aber nicht Erbe sein kann oder will, und daß er zum Erben auf einen Bruchtheil eingesetzt ist und auch Erbe wird. Im ersten Falle steht dem Vertragserben kein Anspruch zu, im zweiten nur, soweit er Erbe wird. Der dem Erben beigelegte Anspruch ist nicht die condictio sine causa des § 748, deren Voraussetzungen nicht vorliegen; die Vorschriften des § 748 Abs. 3 werden jedoch für entsprechend anwendbar erklärt, um den Umfang der Verpflichtung in kurzer Weise zu bestimmen, wie es in gleicher Weise im § 1312 Nr. 1, im § 1362 Nr. 1 und im § 1423 Abs. 3 geschehen ist.

Verjährung.

Da der Anspruch ein besonderer ist, so ist es geboten, eine besondere Vorschrift über die Verjährung des Anspruches anzuschließen, welche, weil es sich um einen deliktähnlichen Anspruch handelt, dem § 719 nachgebildet ist. Der Deutlichkeit wegen wird ausgesprochen, daß die Verjährungsfrist erst mit dem Anfalle der Erbschaft an den Vertragserben beginnt, obschon dies auch aus dem § 158 zu entnehmen sein möchte.

---

[1]) Vergl. ferner Stobbe § 311 S. 290; Beseler, Erbvertr. II, 1 S. 265; hess. Entw. IV, 2 Art. 545 Abs. 1.

Die dem Erblasser hier auferlegte Beschränkung in der Vornahme von Schenkungen unter Lebenden ist zweifellos positiv. Das geltende Recht bestimmt nicht gleichmäßig[1]).

Verhältniß zum geltenden Rechte.

Das preuß. A. L. R. I, 12 § 625 giebt den Vertragserben nur das Recht, übermäßige (d. h. die Hälfte des Vermögens übersteigende) Schenkungen auch dann zu widerrufen, wenn der Erblasser sich des Widerrufsrechtes begeben hatte; es ist aber streitig, ob dieses Recht nicht erst nach dem Tode des Erblassers ausgeübt werden kann[2]). Andere Rechte begnügen sich, dolose Schenkungen oder Veräußerungen für anfechtbar zu erklären[3]). Die Auffassung, daß der Beschenkte dem Vertragserben auf Grund eines ohne Weiteres anzunehmenden Dolus zu haften habe, erscheint nicht haltbar; sie würde dahin führen, daß der Beschenkte, wenn er von dem Erbeinsetzungsvertrage Kenntniß hatte, das volle Interesse zu leisten hätte. Durch Vorschriften, welche auf dieser Auffassung beruhen, würde erheblich, in Abweichung von dem überwiegend geltenden Rechte, in den Verfügungsbereich des Erblassers eingegriffen werden. Es kann nur davon ausgegangen werden, es entspreche nicht dem regelmäßig anzunehmenden Willen der Vertragschließenden, daß der Verfügende in der Lage sein soll, den wirthschaftlichen Erfolg der Erbeinsetzung dadurch zu vereiteln, daß er sein Vermögen unter Lebenden an Andere verschenkt. Anderenfalls würde auch die Vorschrift des § 1953, welche den Erblasser in Ansehung späterer Verfügungen von Todeswegen beschränkt und welche unentbehrlich ist, um der vertragsmäßigen Erbeinsetzung die Bedeutung zu sichern, zu leicht und dem praktischen Erfolge nach umgangen werden können, da ein gleiches Ergebniß wie durch Verfügungen von Todeswegen sich durch Schenkungen unter Lebenden erreichen ließe. Soll das vertragsmäßige Erbrecht hinsichtlich der Unentziehbarkeit und der Sicherung dem Pflichttheilsrechte angenähert werden, so muß dem Vertragserben auch ein Anspruch gegen den Beschenkten gewährt werden. Eine Schenkung nur dann als pflichtwidrig zu behandeln, wenn sie die Hälfte des Werthes übersteigt, welchen der Reinnachlaß und die verschenkten Gegenstände zusammen haben, würde nicht angemessen sein. Freilich würde damit dem Erblasser eine größere Bewegungsfreiheit gewährt, aber auch das vertragsmäßige Erbrecht nur zur Hälfte geschützt. Eine solche Rücksichtnahme auf den Erblasser ist überdies von zweifelhaftem Werthe. Der Erblasser kann nie mit Sicherheit übersehen, wie sein Nachlaß sich gestalten wird. Er würde daher keine Schenkung mit Sicherheit vornehmen können. Der Beschenkte müßte immer gewärtig sein, daß von dem Vertragserben ein Anspruch gegen ihn erhoben werde. Ferner aber ist die praktische Handhabung einer derartigen Vorschrift mit Unzuträglichkeiten verbunden. Wie die Erfahrung da, wo in ähnlicher Weise pflichtwidrige Schenkungen gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten für anfechtbar erklärt sind, gelehrt hat, begegnet die Feststellung der in Betracht kommenden Hälfte großen

[1]) Stobbe § 311 S. 289.

[2]) Eccius § 247 S. 330; Dernburg § 177 Anm. 5.

[3]) Code civil Art. 1083, 1093; Mommsen § 199 Abs. 2 (dessen Mot. S. 268, 269); hess. Entw. IV, 2 Art. 545.

Schwierigkeiten; diese sind insbesondere dann kaum einer befriedigenden Lösung zuzuführen, wenn mehrere Schenkungen nach einander vorgenommen sind. In Ansehung des Vertragserben eine mit solchen Verwickelungen verknüpfte Regelung eintreten zu lassen, kann jedenfalls nicht für rathsam erachtet werden.

Schenkungsversprechen.

Dem Vertragserben wird gegenüber einem noch nicht erfüllten, nach Schließung des Erbeinsetzungsvertrages ertheilten Schenkungsversprechen des Erblassers eine selbständige, von der Verjährung des Rückforderungsanspruches unabhängige Einrede eingeräumt (Abs. 2; vergl. § 684 Abs. 1).

Im Anschlusse an die §§ 1353, 1661, 1839, 2018 (Abs. 3) ist die Ausnahme für Schenkungen beigefügt, welche durch eine sittliche Pflicht oder die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gerechtfertigt werden.

Gewisse Schenkungen auf den Todesfall rc.

Eine Verdeutlichung dahin, daß die Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes sich auch beziehen auf Schenkungen, welche auf den Todesfall gemacht, aber vor Eintritt des entscheidenden Todesfalles vollzogen sind, ferner auf Schenkungen, bei welchen der Erblasser die Nutzungen der geschenkten Gegenstände bis zu seinem Lebensende sich vorbehalten hat, ist, weil selbstverständlich, nicht erforderlich.

Ausnahme für Ausstattungen u. dergl.

Daß die Vorschriften auf Ausstattungen und diejenigen Zuwendungen, welche nach Maßgabe des § 2158 die Ausgleichungspflicht bei der Auseinandersetzung begründen, dann nicht zu beziehen sind, wenn solche in den erforderlichen Schranken sich halten, ergiebt sich daraus, daß Zuwendungen in Frage stehen, welche durch eine sittliche Pflicht gerechtfertigt werden (vergl. § 1500). Von dem Grundsatze des § 1500 gegenüber dem Vertragserben abzuweichen, fehlt es an zureichenden Gründen.

Rücktrittsvorbehalt.

Eine weitere Ausnahme von den Vorschriften des ersten und zweiten Absatzes für den Fall, daß der Erblasser den Rücktritt von dem Vertrage sich vorbehalten hat, erscheint nicht gerechtfertigt. Solange der Rücktritt von dem Vertrage nicht erklärt ist, muß auch ein solcher Vertrag den allgemeinen Grundsätzen für Erbeinsetzungsverträge unterworfen bleiben. Würde die Ausnahme beigefügt, so würde damit thatsächlich dem Erblasser ein theilweiser Rücktritt gestattet und dieser brauchte nicht einmal gegenüber dem Vertragserben erklärt zu werden. Dies würde mindestens bedenklich sein.

Dolose Veräußerung.

Noch weiter zu gehen zum Schutze des Vertragserben und mit der für das geltende Recht vertretenen Auffassung[1]) jede den Vertragserben benachtheiligende Veräußerung, sofern sie nur in dieser dem Erwerber bekannten Absicht vorgenommen ist, einer Anfechtung seitens des Vertragserben durch besondere Vorschrift zu unterwerfen, besteht kein Bedürfniß. Ob und inwieweit in dem Abschlusse eines derartigen Geschäftes seitens des Erwerbers ein Verstoß gegen die guten Sitten zu erblicken ist, und demgemäß der § 705 zutrifft, kann der Praxis und der Doktrin überlassen bleiben. Diese wird zu prüfen haben, ob nicht unter Umständen der Erwerber nach den Grundsätzen über unerlaubte Handlungen haftpflichtig werden kann.

[1]) Vergl. Stobbe § 311 bei Anm. 31, Anm. 35—37.

§ 1953.

3. Verhältniß zu anderen Verfügungen von Todeswegen.

Aufhebung früherer letztwilliger Verfügungen;

Daß eine vor Schließung des Vertrages getroffene letztwillige Verfügung für aufgehoben erklärt wird, soweit die vertragsmäßige Erbeinsetzung reicht (Abs. 1), entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte[1]). Die Vorschrift enthält insofern eine Ergänzung des Testamentsrechtes, als sie ausspricht, daß eine letztwillige Verfügung nicht allein durch die Errichtung einer neuen letztwilligen Verfügung, welche mit der früheren Verfügung im Widerspruche steht (§ 1936), sondern auch durch eine neue in einem Erbeinsetzungsvertrage enthaltene Verfügung der bezeichneten Art aufgehoben wird. Allein es tritt etwas dem Erbeinsetzungsvertrage Eigenartiges hinzu. Dies zeigt sich, wenn der Fall in Betracht gezogen wird, daß vor dem Abschlusse des Erbeinsetzungsvertrages eine Zuwendung, welche nicht eine Erbeinsetzung ist, allein oder in Verbindung mit einer Erbeinsetzung letztwillig angeordnet ist. Erfolgt in einem solchen Falle eine neue Erbeinsetzung durch letztwillige Verfügung, so bleibt nach dem § 1876 jene Zuwendung davon unberührt, sofern nicht ein anderer Wille des Erblassers erhellt. Anders verhält es sich, wenn demnächst ein Erbeinsetzungsvertrag geschlossen wird. In einem solchen Falle ist auf die Rechtslage des eingesetzten Vertragserben Rücksicht zu nehmen. Diesem wohnt zumeist keine Kenntniß von früheren letztwilligen Verfügungen des Erblassers bei; er muß daher in der vorbehaltlosen Einsetzung als Erbe die Zusicherung finden, daß das Zugewendete ihm so zukommen soll, wie die Zuwendung sich in Ermangelung früherer letztwilliger Verfügungen gestaltet. Wer einen Vertragserben ernennt, sichert also dem anderen Vertragschließenden gleichsam zu, daß die vertragsmäßige Zuwendung nicht durch frühere letztwillige Verfügungen einen Theil des Werthes, welcher ihr sonst zukommen würde, verliert. Ob der Erblasser den Aufhebungswillen wirklich hatte, ist gleichgültig. Obwohl hiernach die Vorschrift in das Testamentsrecht eingreift, ist sie doch ihres besonderen Inhaltes wegen an dieser Stelle aufzunehmen und nicht dem § 1936 anzuschließen.

Daß die letztwillige Verfügung auch dann als aufgehoben gilt, wenn der Vertragserbe vor dem Anfalle der Erbschaft stirbt oder die Erbschaft ausschlägt (Satz 2), entspricht dem § 1936 Abs. 2 und beruht auf denselben Gründen wie die angezogene Vorschrift.

Vertrag über Einführung der allgemeinen Gütergemeinschaft.

Wird von Ehegatten die allgemeine Gütergemeinschaft durch Vertrag eingeführt, so hat diese in Ansehung bereits früher errichteter letztwilliger Verfügungen die gleiche Wirkung wie ein Erbeinsetzungsvertrag nach dem § 1953 Abs. 1 Satz 1 wegen der nach den §§ 1382 ff. sich an dieses Güterrecht anknüpfenden erbrechtlichen Wirkungen. Dies ergiebt schon der § 1385 Abs. 1. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift führt zu einem angemessenen Ergebnisse. Wenn die gütergemeinschaftliche Erbfolge nicht eintritt, kann nicht das Gleiche gelten; dies erhellt aus dem § 1383 Abs. 1, dem § 1384 Abs. 2 und den §§ 1386, 1387 zur Genüge, da es nach diesen Vorschriften in den

[1]) Vergl. Seuffert's Archiv 8 Nr. 274; sächs. G. B. §§ 2543, 2218; Eccius § 256 Anm. 42; Mommsen §§ 171, 200, 362 Abs. 2; württemb. Entw. Art. 36a Abs. 3.

darin bezeichneten Fällen so angesehen werden soll, als habe Gütergemeinschaft zwischen den Ehegatten nicht bestanden. Frühere letztwillige Verfügungen können daher auch nicht als aufgehoben behandelt werden.

Spätere Verfügungen von Todeswegen.

Nach Schließung des Erbeinsetzungsvertrages errichtete Verfügungen von Todeswegen erklärt der zweite Absatz für unwirksam, soweit sie das Recht des Vertragserben beeinträchtigen. Damit gelangt zugleich zum Ausdrucke, daß die spätere Verfügung bestehen bleibt, wenn der Vertragserbe nicht erben kann oder will.

Dem Erblasser kann es nicht gestattet sein, das durch die Erbeinsetzung begründete vertragsmäßige Recht des Eingesetzten durch spätere Verfügungen von Todeswegen zu beeinträchtigen. In gleicher Weise bestimmt zumeist das geltende Recht[1]). Dem vertragsmäßigen Vorbehalte nachträglicher Verfügungen Schranken zu ziehen, besteht kein Anlaß. Es würde damit ohne Grund die Vertragsfreiheit eingeengt. Jeder Vorbehalt muß zulässig sein, sofern ein solcher nur nicht den Vertrag selbst inhaltslos macht. Dies ergiebt sich aus den allgemeinen Grundsätzen und bedarf daher keines besonderen Ausdruckes.

Anfall und Erwerb rc.

Besondere Vorschriften über den Anfall und den Erwerb der Erbschaft aus einem Erbeinsetzungsvertrage, und über die Ausschlagung einer solchen Erbschaft, sowie über die Rechtsstellung des vertragsmäßig Berufenen als Erben, insbesondere gegenüber den Nachlaßgläubigern, auch Pflichttheilsberechtigten und Vermächtnißnehmern (vergl. § 2092), sind an dieser Stelle nicht erforderlich[2]). Der sechste Abschnitt des fünften Buches enthält die Vorschriften für Erben jeder Art und macht erkennbar, inwieweit für den Vertragserben etwas Besonderes gelten soll.

§ 1954.

4. Vererblichkeit der Rechte des Vertragserben.

Daß die Rechte des Vertragserben aus der Erbeinsetzung, wenn er den Erblasser nicht überlebt, nicht vererblich sind, kann für selbstverständlich erachtet werden, weil das Recht, Erbe zu werden, begrifflich ein höchstpersönliches ist und der Erbe des als Erbe vertragsmäßig Eingesetzten demgemäß nur als etwa eingesetzter Ersatzerbe in Betracht kommen kann. In der Doktrin wie in der Gesetzgebung besteht jedoch in dieser Hinsicht keineswegs Einverständniß[3]). Auch bleibt immerhin die Auffassung möglich, daß das vertragsmäßige Recht

[1]) Vergl. Seuffert's Archiv 18 Nr. 88, 96, Bd. 29 Nr. 44; Stobbe § 311 Anm. 38—41; preuß. A. L. R. I, 12 § 627, Eccius § 247 Anm. 28, Dernburg § 177 Anm. 7—9; österr. G. B. § 1254; Mommsen § 201; württemb. Entw. Art. 26b; hess. Entw. IV, 2 Art. 544.

[2]) Vergl. Stobbe § 311 VIII; Beseler, Priv. R. § 138 V; preuß. A. L. R. I, 9 § 367, I, 12 §§ 641, 643, 644, Eccius § 247 S. 331, Dernburg § 177 Anm. 12 ff.; sächs. G. B. §§ 2549, 2550; Mommsen, vergl. dessen § 97; hess. Entw. IV, 2 Art. 546.

[3]) Stobbe § 311 Anm. 43; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 631, 632; österr. G. B. § 1253; sächs. G. B. § 2551; code civil Art. 1089 mit Art. 1082; Roth § 335 Anm. 42, 43; württemb. Entw. Art. 28, 29; hess. Entw. IV, 2 Art. 546 Abs. 2, 3.

des Vertragserben ein Vermögensrecht und als solches der Regel gemäß vererblich sei. Hiernach erscheint ein besonderer Ausspruch des Gesetzes, durch welchen die höchstpersönliche Natur des Rechtes klargestellt wird, angemessen. Inwieweit sonstige Rechte aus dem Vertrage auf den Erben des vorverstorbenen Vertragschließenden übergehen, wird durch die Vorschrift nicht entschieden.

§ 1955.

V. Sonstiger Inhalt.

Zulässigkeit anderweiter Verfügungen.

Nach dem § 1913 können mehrere Personen eine letztwillige Verfügung nicht gemeinschaftlich errichten. Hierdurch wird es erforderlich, klarzustellen, daß im Erbeinsetzungsvertrage, und zwar auch von dem anderen Vertragschließenden, Verfügungen der in der Vorschrift bezeichneten Art getroffen werden können, also insbesondere Erbeinsetzung, Vermächtniß, Auflage, Ernennung zum Testamentsvollstrecker und familienrechtliche Anordnungen der wiederholt bezeichneten Art (vergl. S. 291). Ob und inwieweit eine solche Verfügung von Todeswegen bindend ist, bestimmt der § 1956. Inwieweit die Pflichttheilsentziehung durch Vertrag zulässig ist, ergiebt der § 2006.

Ein Zusatz „soweit nicht das Gesetz ein Anderes ergiebt“ ist entbehrlich.

Die Fassung der Vorschrift ergiebt, daß Zuwendungen an Dritte mit oder ohne Belastung des Vertragserben getroffen werden können.

Aus dem § 1940 erhellt, daß in dem Erbeinsetzungsvertrage Zuwendungen an Dritte auch dann zulässig sind, wenn der Erblasser den anderen Vertragschließenden nicht oder wenn keiner der Vertragschließenden den anderen bedacht hat.

Im Wesentlichen stimmt hiermit das geltende Recht überein (vergl. insbesondere preuß. A. L. R. I, 12 §§ 632, 633, 646; Mommsen 191)[1]), jedoch schließt der württemb. Entwurf Verfügungen zu Gunsten Dritter aus, sofern dieselben nicht in einem inneren Zusammenhange stehen mit den Zuwendungen der Vertragschließenden unter sich.

§ 1956.

Wirksamkeit solcher Verfügungen.

Wie im § 1946 auf die vertragsmäßige Erbeinsetzung die Vorschriften für die Erbeinsetzung durch letztwillige Verfügung für entsprechend anwendbar erklärt sind, so muß eine entsprechende Vorschrift für die im Vertrage neben der Erbeinsetzung des Vertragserben von dem einen oder anderen Vertragschließenden getroffenen Verfügungen von Todeswegen aus gleichen Gründen auch hier gegeben werden. Nur eine entsprechende Anwendung kann vorgeschrieben werden, weil die Anordnung, formell in einem Vertrage enthalten, im strengen Wortsinne keine letztwillige Verfügung oder kein Testament ist[2]).

[1]) Vergl. ferner Stobbe § 311 Anm. 25; Eccius § 247 Anm. 30, 31; Dernburg § 177 Anm. 18—21; Unger § 26 S. 114.

[2]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Stobbe § 311 Anm. 27; Eccius § 247 Anm. 30; Dernburg § 177 Anm. 19.

Der § 1953 Abs. 2 bleibt selbstverständlich anwendbar. Dies bedarf eines erneuten Ausdruckes nicht.

Bindende Verfügungen.

Es erhebt sich nun die Frage, welche Verfügungen in einem Erbeinsetzungsvertrage als bindende getroffen werden können. Mit dieser Frage beschäftigen sich der zweite bis vierte Absatz; der zweite und dritte Absatz stellen Auslegungsregeln auf, wann die Bindung als gewollt anzunehmen ist.

Erbeinsetzung.

Daß bestimmt wird, eine im Vertrage enthaltene Erbeinsetzung sei im Zweifel als Einsetzung eines Vertragserben anzusehen (Abs. 2), und daß also die Erbeinsetzung noch besonders erwähnt wird, obschon nach dem § 1940 jeder Vertragschließende einen Vertragserben einsetzen kann, ist geboten zur Würdigung der Fälle, daß der eine Theil einen Vertragserben, z. B. zu einem Bruchtheile, einsetzt und damit gegenüber dem anderen Vertragschließenden durch Vertrag sich bindet, daneben aber in Ansehung des anderen Bruchtheiles einen anderen Erben einsetzt, oder daß im weiteren Verlaufe der andere Vertragschließende einen Erben einsetzt. Beides kann in nicht bindender Weise geschehen. Auf die nicht bindende Erbeinsetzung finden in den bezeichneten Fällen die Vorschriften über die testamentarische Erbeinsetzung Anwendung; das letztere bestimmt der § 1956.

Testamentsvollstrecker;

Die Bindung in Ansehung der Ernennung eines Testamentsvollstreckers kann nicht statthaft sein; dies ergiebt sich daraus, daß dem Vollstrecker eine Vertrauensstellung eingeräumt werden soll, in Ansehung deren wegen des möglichen Wechsels der Verhältnisse und der Gesinnung des Ernennenden der Widerruf jederzeit offen bleiben muß (vergl. S. 218).

familienrechtliche Anordnungen;

Zweifelhafter kann es sein, ob ein Gleiches in Ansehung derjenigen familienrechtlichen Anordnungen, welche nach den Vorschriften des Familienrechtes im Wege letztwilliger Verfügung getroffen werden können, zu gelten hat. Welche Vorschriften in dieser Hinsicht in Betracht kommen, ist bereits wiederholt, insbesondere zum § 1933 S. 218 ff., dargelegt.

Diese familienrechtlichen Anordnungen tragen einen sehr verschiedenen Karakter an sich. Einige derselben sind rein persönlicher Natur. Dahin gehören die Benennung eines Vormundes, eines Gegenvormundes, eines Pflegers, eines Mitgliedes des Familienrathes, die Ausschließung einer Person von einer solchen Stellung, das Verbot des Offenlegens des Vermögensverzeichnisses u. s. w. Andere Anordnungen dieser Art beziehen sich nur insofern auf das Vermögen, als sie dessen künftige Verwaltung beeinflussen. Dahin gehören u. A. die Anordnung einer befreiten Vormundschaft, die Ausschließung der Vermögensverwaltung seitens des Ehemannes oder des Inhabers der elterlichen Gewalt oder des Vormundes, Anordnungen hinsichtlich der Art der zu führenden Verwaltung. Wieder andere Anordnungen dieser Art sind vermögensrechtlicher Natur. Zu den letzteren sind zu rechnen die Anordnungen, daß das einer Frau Zugewendete Vorbehalts- oder Sondergut sein solle, daß das einem Kinde Zugewendete der elterlichen Nutznießung nicht unterliegen solle u. dergl. In Ansehung der zuerst gedachten Anordnungen würde eine Bindung mit Rücksicht auf deren rechtlichen Karakter nicht gerechtfertigt sein. Die in zweiter Reihe aufgezählten Anordnungen stehen den ersterwähnten sehr nahe und müssen schon deshalb der gleichen Behandlung unterliegen. In

Ansehung der zuletzt bezeichneten Anordnungen sind jedoch Fälle sehr wohl denkbar, in welchen der andere Vertragschließende ein Interesse daran haben kann, daß die einmal getroffene Anordnung in Kraft bleibe. Dies gilt z. B. dann, wenn der andere Vertragschließende sich ein Vermächtniß zu Gunsten seiner Ehefrau oder Kinder lediglich deshalb hat auferlegen lassen, um der Ehefrau oder den Kindern Vorbehaltsgut oder freies Vermögen zu schaffen und dadurch für diese Bedachten zu sorgen. Allein solche Fälle sind äußerst selten und können schon deshalb für die Regelung nicht bestimmend sein. Das Gesetz gewährt dem Verfügenden in anomaler Weise die Macht, gewisse Rechte auszuschließen, welche Dritten kraft des Gesetzes an dem Zugewendeten zustehen würden. Diese Machtbefugniß wird dem Verfügenden eingeräumt, weil die Verhältnisse in einer Familie so liegen können, daß sowohl der Verfügende als der Bedachte das dringendste Interesse daran haben, daß das Zugewendete dem Bedachten ungeschmälert verbleibt und nicht in unzuverlässige Hände kommt. Die Möglichkeit, eine solche vermögensrechtliche Fürsorge zu üben, muß sich aber auf den Verfügenden beschränken. Es fehlt das Bedürfniß, auch dem anderen Vertragschließenden eine solche Möglichkeit zu eröffnen. Nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge hat der andere Vertragschließende kein Interesse daran, daß die Anordnung getroffen wird oder in Kraft bleibt. Ist die Anordnung dahin gerichtet, daß Vermögen, welches ohne die Anordnung in das Ehegut oder Gesammtgut fallen würde, diesem entzogen werden soll, so läßt sich die Bindung des Erblassers sogar als ein Verstoß gegen die guten Sitten wenigstens dann bezeichnen, wenn der andere Vertragschließende derjenige Ehegatte ist, in dessen Sonder- oder Vorbehaltsgut das Zugewendete fallen soll. Die Bindung des Verfügenden hätte aber auch zur Folge, daß derselbe nicht in der Lage ist, den veränderten Verhältnissen Rechnung zu tragen und eine Anordnung aufzuheben, welche im Laufe der Zeit die innere Berechtigung verloren hat. Daraus, daß eine solche Bindung bei Zuwendungen unter Lebenden statthaft ist, kann hiergegen ein Grund nicht entnommen werden, weil in einem solchen Falle die rechtliche Wirkung, d. i. Zuwendung und Beschränkung, sofort eintritt. Endlich kommt in Betracht, daß eine Unterscheidung hinsichtlich der vermögensrechtlichen und der nichtvermögensrechtlichen Anordnungen das Gesetz verwickelt macht und dessen Handhabung erschwert, zumal in Ansehung einzelner der in Rede stehenden Anordnungen die Frage, ob sie einen vermögensrechtlichen Karakter haben, eine keineswegs zweifellose ist.

Auflagen.

In Ansehung der Auflagen kann eine Bindung des Verfügenden gleichfalls nicht zugelassen werden. Bei Auflagen, mit welchen der Vertragserbe beschwert ist, kann die Bindung des Verfügenden nicht in Frage kommen. Bei Auflagen, welche einem Dritten (Vermächtnißnehmer, gesetzlichen Erben, Ersatzerben) gemacht sind, wird der Vertragschließende nur selten ein Interesse an deren Erfüllung haben; demgemäß wird auch nur sehr ausnahmsweise der für erforderlich erklärte Bindungswille vorhanden sein. Für die seltenen Fälle, in welchen beide Voraussetzungen vorliegen, den Grundsatz zu verlassen, daß die Verfügung, welche den Karakter einer letztwilligen Verfügung an sich hat, widerruflich ist, kann nicht für angemessen erachtet werden. Dahingestellt bleiben mag, ob nicht die Bindung in solchen Fällen schon deshalb bedenklich

sein würde, weil der Entwurf die Auferlegung von Auflagen ohne jegliche Schranke zugelassen hat, und Auflagen jeder Art durch die Bindung zu unumstößlichen gemacht werden würden. In Ansehung der Auflagen, welche mit einer Zuwendung verbunden sind, ließe sich eher befürworten, die Bindung zu gestatten. Allein hiergegen spricht, daß eine verschiedene Behandlung der in Betracht kommenden Fälle nicht rathsam ist und zu einer unnöthigen Kasuistik führt, zumal der Begriff der Auflage (§ 1757) die Voraussetzung ergiebt, daß der Beschwerte bedacht ist. Eine Unterscheidung zwischen Auflagen, welche einen vermögensrechtlichen Karakter haben und solchen, welche lediglich persönlicher Natur sind, würde gleichfalls zur Kasuistik nöthigen.

Im geltenden Rechte findet sich überdies nichts, was darauf schließen ließe, daß eine Bindung in Ansehung anderer Zuwendungen als Erbeinsetzung und Vermächtniß zugelassen würde.

Diesen Darlegungen entspricht die Vorschrift des vierten Absatzes.

Auslegungsregel für Erbeinsetzung und Vermächtniß.

Die aufgestellte Auslegungsregel in Ansehung der Bindung, wenn es sich um eine Erbeinsetzung oder ein Vermächtniß handelt (Abs. 2, 3), entscheidet eine im geltenden Rechte verschieden beantwortete Frage[1]).

Die meisten geltenden Rechte dürften dahin aufzufassen sein, daß Bindungswille im Zweifel nicht anzunehmen ist. Wenn aber davon auszugehen ist, daß nur in Ansehung einer Erbeinsetzung und eines Vermächtnisses Bindung zulässig ist, so sprechen überwiegende Gründe für die im Entwurfe gegebene Auslegungsregel. Denn in Ansehung solcher Anordnungen läßt sich wohl annehmen, die Vertragschließenden hätten die Bindung gewollt, wenn sie die Anordnungen in den Vertrag aufgenommen haben und, trotz des durch die Vertragsform gebotenen Anlasses, nicht kenntlich gemacht haben, daß diese Anordnungen widerrufliche sein sollen. Die Aufnahme von Auslegungsregeln ist angemessen bei der praktischen Bedeutung der Frage; letztere spricht dagegen, die Entscheidung lediglich der Würdigung des einzelnen Falles anheimzustellen. Andererseits gewährt die Aufnahme von Auslegungsregeln dem richterlichen Ermessen genügenden Spielraum für die Berücksichtigung der anders liegenden Fälle. Die entgegengesetzte Regelung würde jedenfalls die Aufstellung weittragender Ausnahmen nöthig machen, und diese Ausnahmen in befriedigender Weise festzustellen, ist auch den geltenden Rechten und den Entwürfen nicht gelungen.

Daß die Voraussetzungen für die Anwendung der Regel nicht vorliegen bei Verfügungen, welche den anderen Vertragschließenden belasten, ist so klar, daß es eines besonderen Hinweises darauf nicht bedarf. Allerdings ist dieser Fall ein solcher, welcher praktisch häufig vorkommt. Die Aufnahme eines Hinweises darauf würde die Besorgniß begründen, daß der Regel eine weitergehende Tragweite beigelegt wird, als ihr zukommt. Wird ein so klarer Fall ausdrücklich ausgenommen, so kann leicht das Mißverständniß hervor-

[1]) Vergl. Stobbe § 311 Anm. 27, 28; Roth § 335 Anm. 14; preuß. A. L. R. I, 12 § 646, dazu Eccius § 247 Anm. 30, Dernburg § 177 Anm. 20, 21; sächs. G. B. § 2553; Mommsen § 205 Abs. 1; württemb. Entw. Art. 34; hess. Entw. IV, 2 Art. 551.

gerufen werden, die Regel sei im Uebrigen streng durchzuführen. Alsdann würde, entgegen der Bedeutung, welche der Regel als Auslegungsregel gebührt, diese Regel in Fällen angewendet werden, für welche sie nicht paßt. Ist ein als Erbe eingesetzter Dritter beschwert, so wird die Regel in vielen Fällen zu einem angemessenen Ergebnisse führen.

Schenkungen unter Lebenden.

Auf das bindende Vermächtniß zu Gunsten des Vermächtnißnehmers werden die Vorschriften des § 1952 für entsprechend anwendbar erklärt (Abs. 3 Satz 2). Damit wird die weiter reichende Beschränkung des Erblassers, wie sie von Kreittmayr in der Anm. 6a zum bayr. L. R. III, 11 § 1 vertreten und wie sie zum Theil auch für das gemeine Recht und das preuß. A. L. R. behauptet wird[1]), geleugnet. Allein eine Bindung des Erblassers in dem Sinne, daß, wenn derselbe über den vertragsmäßig vermachten Gegenstand thatsächlich oder rechtlich verfügt, der Werth des Gegenstandes aus seinem Nachlasse zu entrichten ist, würde zwar dem Bedachten eine wesentliche Sicherung gewähren, aber jedenfalls rein positiv sein. Eine derartige Vorschrift würde auch mit den allgemeinen Grundsätzen des Vermächtnißrechtes im Widerspruche stehen und das vertragsmäßige Vermächtniß zu einem Mitteldinge zwischen einem Rechtsgeschäfte unter Lebenden und einer Verfügung von Todeswegen machen. Wird von dem Verschaffungsvermächtnisse abgesehen, für welches die Vermuthung nicht spricht (§§ 1848, 1849), so steht nach dem Entwurfe (§ 1848) jedes Vermächtniß unter der Bedingung, daß der vermachte Gegenstand dem Erblasser zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles gehört. Ist diese Bedingung nicht erfüllt, so ist in der Regel das Vermächtniß unwirksam; es greift nicht einmal Surrogation Platz, außer bei vermachten Forderungen (§ 1855); noch weniger ist dem Vermächtnißnehmer Ersatz zu leisten. Eine Ausnahme hiervon in Ansehung des vertragsmäßigen Vermächtnisses zu machen, fehlt es an zureichenden Gründen. Dazu kommt, daß der Erblasser hinsichtlich der Verfügungsfreiheit nicht wohl schlechter gestellt werden kann, wie wenn er vertragsmäßig einen Erben eingesetzt hat. Demgemäß bleibt nur übrig, dem Bedachten lediglich das Recht einzuräumen, im Falle einer Schenkung von dem Beschenkten die Bereicherung nach Maßgabe des § 1952 zu fordern. Der eingesetzte Vertragserbe steht freilich insofern günstiger, als das Aequivalent, welches der Erblasser bei der Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes erzielt, unter Umständen im Nachlasse sich vorfinden wird. Diese Verschiedenheit liegt jedoch in der verschiedenen Tragweite der Erbeinsetzung und der Vermächtnißanordnung. Jedenfalls läßt sich daraus kein Anlaß entnehmen, den Vermächtnißnehmer noch besser zu stellen, als einen Vertragserben.

Ablehnung weiterer Vorschriften.

Zweifelhaft kann erscheinen, ob nicht eine Vorschrift für den im Leben nicht seltenen Fall aufzunehmen sei, daß mit der gegenseitigen Erbeinsetzung die Bestimmung verbunden wird, es solle nach dem Tode des zuletzt Versterbenden das vorhandene Vermögen an die beiderseitigen Verwandten oder an Dritte fallen. Mommsen giebt in dem in seinem § 205 für anwendbar erklärten

[1]) Vergl. Stobbe § 312 Anm. 15, 16; Dernburg § 179 a. E., Eccius § 247 Anm. 74—76; Roth § 336 Anm. 7.

§ 160 seines Entwurfes die Entscheidung, es werde in einem solchen Falle die eine Hälfte der Gesammtmasse als Erbschaft des zuerst verstorbenen, die andere Hälfte als Erbschaft des längstlebenden Ehegatten betrachtet, und es sei im Zweifel anzunehmen, daß, wenn die Verwandten oder gesetzlichen Erben den Nachlaß erhalten sollen, jeder Ehegatte seinen gesetzlichen Erben die als seine Erbschaft zu betrachtende Hälfte der Gesammtmasse zugewendet habe; welche Personen als die gesetzlichen Erben zu betrachten seien, werde in Beziehung auf beide Ehegatten nach der Todeszeit des zuletzt verstorbenen Ehegatten bestimmt. Eine dem zuerst erwähnten Gedanken entsprechende Vorschrift enthält für die Berechnung der Erbschaftssteuer das preuß. Ges. v. 30. Mai 1873 § 26.

Der Entwurf hat derartige Vorschriften nicht aufgenommen.

Die Vorschrift, es sei die eine Hälfte der Gesammtmasse als Erbschaft des zuerst verstorbenen Ehegatten, die andere Hälfte als Erbschaft des überlebenden Ehegatten zu betrachten, schafft unklare Verhältnisse. Es ist nicht ersichtlich, ob damit lediglich eine thatsächliche Vermuthung für die schließliche Vertheilung aufgestellt oder ob eine Gütergemeinschaft auf den Todesfall des Erstversterbenden eingeführt werden soll, oder ob die Grundsätze von der Vor- und Nacherbschaft zur Geltung kommen sollen. Ist letzteres der Fall, so würden sich kaum lösbare Schwierigkeiten ergeben. Jedenfalls sind die Gläubiger des Erstverstorbenen, welcher mehr als die Hälfte der Gesammtmasse hinterlassen hat, nicht veranlaßt, sich an diese gesetzliche Halbtheilung zu kehren. Ebensowenig können die Gläubiger des überlebenden Theiles, wenn dieser der vermögendere Theil ist, gehindert werden, auf dessen ganzes Vermögen zu greifen. Wird aber von den Gläubigern abgesehen und angenommen, es solle durch die Vorschrift lediglich das innere Verhältniß zwischen dem Ueberlebenden und den in Betracht kommenden Verwandten geregelt werden, so ergeben sich eigenartige Verwickelungen. Hat der Erstverstorbene nichts hinterlassen, so wird der Ueberlebende in Ansehung der Hälfte seines eigenen Vermögens gegenüber den Verwandten des Verstorbenen in die Stellung eines Vorerben gedrängt. Es sind Nacherben da, aber in Wirklichkeit kein Vorerbe oder doch nicht ein solcher, welcher etwas erhalten hat. Hat der Nachlaß des Erstverstorbenen, der Vermuthung entsprechend, in der That die Hälfte des beiderseitigen Vermögens gebildet, so ist dennoch die Lage des Ueberlebenden eine mißliche. Denn die Vorerbschaft erstreckt sich auf die Hälfte des ganzen Vermögens. Der Ueberlebende ist mithin auch in Ansehung der ihm gebührenden Hälfte in der Verfügungsfreiheit vielfach thatsächlich beschränkt.

Hiernach verdient es den Vorzug, von positivem Eingreifen durch das Gesetz abzusehen und die Entscheidung der Würdigung des einzelnen Falles zu überlassen. Geht der Wille der Vertragschließenden einfach dahin, daß der Ueberlebende freie Verfügung über das Ganze haben, das Verbleibende aber den beiderseitigen Verwandten zukommen soll, so liegt es am nächsten, die Anordnungen so zu verstehen, daß jeder Theil den anderen zum Erben eingesetzt und zugleich für den Fall, daß er der überlebende sein sollte, die beiderseitigen Verwandten zu seinen Erben berufen hat. Diese Gestaltung ist frei von jeder Verwickelung. Die beiderseitigen Verwandten kommen nur als

Erben des zuletzt Verstorbenen in Betracht. Daß die Verwandten eines jeden Theiles die Hälfte zu erhalten haben, wird in der Regel auch ohne besondere Anleitung durch das Gesetz angenommen werden. Wollten aber die Vertragschließenden, daß der Ueberlebende die Stellung eines Vorerben erhalte, so wird zumeist ihr Wille dahin gehen, daß auch nur das von dem Erstverstorbenen wirklich hinterlassene Vermögen die Vorerbschaft bilden soll. In einem solchen Falle müssen von ihnen die Schwierigkeiten hingenommen werden, welche sich ergeben können, wenn weder der Ueberlebende noch die als Nacherben Berufenen sich um die eingetretene juristische Gestaltung gekümmert haben und in Folge dessen die Feststellung dessen, was die Vorerbschaft gebildet hat, zu Zweifeln Anlaß giebt. In diesem Falle kann übrigens die Vermuthung des § 1282 von Belang sein. Spricht das Gesetz den Verwandten jeden Theiles die Hälfte zu, so wird dies, abgesehen von den erwähnten Verwickelungen, auch meistens dem Willen der Vertragschließenden nicht entsprechen.

Die Annahme einer Gütergemeinschaft auf den Todesfall des erstversterbenden Theiles würde sich nicht wohl mit den Auffassungen des Entwurfes über die Gütergemeinschaft vereinigen lassen.

Welche Personen in dem bezeichneten Falle als gesetzliche Erben zu betrachten sind, bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 1771, 1807 im Wesentlichen im Sinne der Vorschrift Mommsen's.

§ 1957.

VI. Aufhebung. 1. Durch Vertrag;

Daß der Erbeinsetzungsvertrag nur durch einen zwischen den Personen, welche ihn geschlossen haben, zu schließenden Vertrag aufgehoben werden kann (Abs. 1 Satz 1), bringt den Grundsatz der Aufhebung durch Vertrag zum Ausdrucke. Verdeutlicht wird damit nur dasjenige, was sich als Folgesatz der Vertragsnatur dieses Rechtsgeschäftes ergiebt. Indessen ist es rathsam, die Folge besonders auszusprechen, schon weil dies zum besseren Verständnisse der sich anschließenden Vorschriften dient. Aus dem gleichen Grunde und weil angenommen werden könnte, an Stelle des verstorbenen Vertragschließenden sei dessen Erbe zur Schließung des Aufhebungsvertrages berechtigt, erscheint die Aufnahme der verneinenden Vorschrift, daß nach dem Tode einer dieser Personen der Erbeinsetzungsvertrag nicht mehr aufgehoben werden kann (Satz 2), angemessen. Der Vorbehalt in Ansehung des § 2024 beugt der Annahme vor, als werde durch die Vorschrift auch der vertragsmäßige Verzicht des vertragsmäßig als Erbe eingesetzten oder mit einem Vermächtnisse bedachten Dritten ausgeschlossen. Die Hauptbedeutung des verneinenden Satzes liegt darin, daß, wenn der Erblasser durch den Erbeinsetzungsvertrag einen Dritten zum Erben eingesetzt oder ihm in bindender Weise ein Vermächtniß zugewendet hat, diese Anordnungen nicht durch einen mit dem Erben des anderen Betheiligten zu schließenden Vertrag beseitigt werden können, es sei denn der Erbe selbst der Eingesetzte oder Bedachte, sodaß die Vorschriften des § 2024 anwendbar werden. Das Recht, in die Aufhebung oder Aenderung eines Erbeinsetzungsvertrages zu willigen, kann schon an sich als ein höchstpersönliches Recht des

nach dem Tode eines Vertragschließenden.

anderen Vertragschließenden angesehen werden. Jedenfalls geht in der Regel die Willensmeinung desselben dahin, es solle ohne seine persönliche Einwilligung eine Aenderung nicht eintreten. Dieser Willensmeinung trägt die Vorschrift Rechnung. Ihre Aufnahme ist um so mehr geboten, als gegenüber dem Erben des anderen Vertragschließenden die Anfechtung des Erbeinsetzungsvertrages erfolgen kann (vergl. S. 326), und als diesem gegenüber der vorbehaltene Rücktritt erklärt werden kann, soweit derselbe nach dem § 1959 noch zulässig ist. Stirbt der Erblasser zuerst, so ist die Frage gegenstandslos, da mit seinem Tode die von ihm Bedachten ein festes Recht erhalten, welches ohne ihre Zustimmung eine Aenderung nicht erleiden kann.

Vertretung.

In Ansehung der Ausschließung der Vertretung (Abs. 2) entscheiden die für die Aufnahme des § 1942, S. 315, angegebenen Gründe. Da der Erblasser durch den Aufhebungsvertrag lediglich von einer Verbindlichkeit befreit wird, besteht kein Anlaß, die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person als Erforderniß aufzustellen und damit von der Vorschrift des § 65 Abs. 3 abzuweichen.

Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes.

Der dritte Absatz beläßt es in Ansehung des anderen Vertragschließenden (also desjenigen, welcher vertragsmäßig als Erbe eingesetzt ist), falls dieser andere Vertragschließende unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, bei den allgemeinen Grundsätzen, soweit es sich um die Vertretungsfrage handelt, jedoch mit der Besonderheit, daß eintretendenfalls das Vormundschaftsgericht den Vertrag zu genehmigen hat. Diese Besonderheit rechtfertigt sich aus der Wichtigkeit des in Rede stehenden Geschäftes. Die Vorschrift ergänzt den § 1674. Dieser Umstand könnte dafür sprechen, sie dem § 1674 beizufügen. Davon ist Abstand genommen, weil die Vorschrift mit dem ersten Absatze im Zusammenhange steht.

Wie im § 2043 ist, im Anschlusse an den § 1341, nicht von dem Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten gesprochen, sondern davon, daß der Vertragschließende unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, weil auch der Pfleger des in der Geschäftsfähigkeit nicht Beschränkten zur Vornahme des Geschäftes der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf. Ist diese Genehmigung für den Vormund erforderlich, so ergiebt sich aus dem § 1743, daß das gleiche Erforderniß für den Pfleger gilt, mag der Pflegebefohlene in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder nicht beschränkt sein. Würde besonders ausgesprochen, auch für den Pfleger einer in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkten Person sei die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich, so würde der allgemeine Grundsatz verdunkelt, daß auch ein solcher Pfleger zu allen Geschäften der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes bedarf, zu welchen der Vormund diese Genehmigung einzuholen hat. Die in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkte Person, welcher ein Pfleger bestellt ist, ist zu den von ihr selbst vorgenommenen Handlungen der Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichtes auch dann nicht benöthigt, wenn der Pfleger für eine solche Handlung der Genehmigung bedarf; dies wird nach den §§ 64 ff. nicht bezweifelt werden können. Das Bedenken, die Fassung der §§ 1341, 1957 Abs. 3

und des § 2043 scheine die von einem solchen Pflegebefohlenen selbst vorgenommenen Handlungen mitzutreffen, kann daher nicht für maßgebend erachtet werden.

Form des Aufhebungsvertrages.

Auf den Aufhebungsvertrag sollen die Vorschriften der §§ 1943, 1944 entsprechende Anwendung finden (Abs. 4). Dieser Vertrag ist also formalisirt[1]), da derselbe, mindestens unter Umständen, ebenso wichtig ist wie die Eingehung eines derartigen Vertrages. Ist aber eine Form vorzuschreiben, so ist aus den Gründen, auf welchen der § 1933 beruht, dieselbe Form zu bestimmen wie für die Errichtung.

Mit dem preuß. A. L. R. I, 12 § 623 auch an die Rückgabe des Erbeinsetzungsvertrages aus der gerichtlichen Verwahrung dieselben Folgen zu knüpfen, wie an die Rückgabe des Testamentes (§ 1935), geht nicht an. Der besondere Grund für die Wirkung der Rücknahme der Testamentsurkunde aus der amtlichen Verwahrung liegt darin, daß die letztwillige Verfügung in der amtlichen Verwahrung zurückbehalten werden soll, solange diese Verfügung Gültigkeit hat. Dies trifft bei dem Erbeinsetzungsvertrage nicht zu, da es bei diesem nach dem § 1945 der Willkür der Vertragschließenden anheimgestellt ist, ob die amtliche Verwahrung im Sinne des § 1935 überhaupt eintreten soll. Verlangen die Vertragschließenden die Herausgabe der über die Erbeinsetzung errichteten Vertragsurkunde aus der früher von ihnen beantragten amtlichen Verwahrung, so gelangt die Urkunde lediglich in die gewöhnliche amtliche Verwahrung der Behörde. Eine Ausfolgung der Urkunde in den Privatbesitz der Vertragschließenden wird nach den entscheidenden Landesgesetzen regelmäßig unzulässig sein.

Errichtung eines anderen Vertrages.

Ebensowenig würde es rathsam sein, den § 1936 für entsprechend anwendbar zu erklären. Eine solche Vorschrift wäre nur für den Fall von Bedeutung, daß mehrere Erbeinsetzungsverträge nach einander von denselben Vertragschließenden geschlossen sind. Denn über die Wirksamkeit des Erbeinsetzungsvertrages gegenüber früher oder später errichteten letztwilligen Verfügungen bestimmt der § 1953. Liegt aber eine Reihe von Erbeinsetzungsverträgen, welche unter denselben Vertragschließenden abgeschlossen sind, vor, so entscheidet sich die Frage, ob und inwieweit die früheren Verträge durch die späteren Verträge aufgehoben oder aufrechterhalten sind, nach den allgemeinen Grundsätzen über die Auslegung der Verträge. Die besonderen Zweifel, welche der § 1936 beseitigen will (vergl. S. 303 ff.), kommen überall nicht in Betracht.

Willensmängel.

Soweit die Vorschrift den § 1947 für entsprechend anwendbar erklärt, rechtfertigt sie sich aus den Gründen, auf welchen der § 1947 beruht (vergl. S. 322). Die Nichterwähnung des § 1947 könnte zu dem Mißverständnisse

---

[1]) Uebereinstimmend preuß. A. L. R. I, 12 §§ 621—623, Eccius § 247 Anm. 3, 5; hess. Entw. IV, 2 Art. 437 Abs. 2 (mit einer Ausnahme für Vermächtnißverträge Art. 552, 553 das.); das sächs. G. B. § 2254 bestimmt, die Aufhebung richte sich nach den Vorschriften über Verträge; Mommsen § 204 Abs. 1 (Mot. S. 271) erklärt den Aufhebungsvertrag für formfrei.

Anlaß geben, als bewende es in Ansehung des Aufhebungsvertrages bei den Vorschriften des § 1779.

Ueber die Art und Weise, wie eine in einem Erbeinsetzungsvertrage enthaltene bindende oder nicht bindende Verfügung von Todeswegen zu Gunsten eines Dritten bei Lebzeiten der Vertragschließenden aufgehoben wird, enthält der Entwurf besondere Vorschriften im § 1960. Dort wird auf die Frage eingegangen werden, wie die Zustimmung des anderen Vertragschließenden zu erfolgen hat.

§ 1958.

2. Rücktritt auf Grund Vorbehaltes.

Der Erblasser kann in dem Erbeinsetzungsvertrage den Rücktritt sich vorbehalten haben. Das geltende Recht spricht in einem solchen Falle zumeist von einem Vorbehalte des Widerrufes[1]). Ein bloßer Widerruf ist nur bei demjenigen Erbeinsetzungsvertrage denkbar, welcher nicht eine gegenseitige Erbeinsetzung zum Gegenstande hat und in welchem eine Gegenleistung weder zugesagt noch gewährt ist. Den Vorzug verdient es, von dem Rücktritte zu sprechen, schon um davon den Widerruf der mit einem solchen Vertrage etwa verbundenen einseitigen letztwilligen Verfügungen getrennt zu halten. Der Umstand, daß der Abschnitt des Entwurfes über den Rücktritt von dem Vertrage (§§ 426—436) einen obligatorischen Vertrag voraussetzt, kann kein Hinderniß sein, diese Ausdrucksweise zu wählen.

Zulässigkeit des Vorbehaltes.

Daß der Vorbehalt des Rücktrittes zulässig ist, gelangt zum Ausdrucke, indem an den Vorbehalt Rechtsnormen angeschlossen werden. Obschon die Unzulässigkeit des Vorbehaltes, wenn sie beabsichtigt wäre, besonders bestimmt werden müßte, ist es doch rathsam, der Zulässigkeit zu gedenken, weil ein Zweifel in der Richtung möglich wäre, ob nicht der Erbeinsetzungsvertrag durch den Vorbehalt den Karakter eines Testamentes annehme, also auch den Vorschriften über letztwillige Verfügungen unterliege[2]), während diese, wie z. B. der § 1913, bei dem Erbeinsetzungsvertrage nicht durchweg Anwendung finden, der Entwurf aber gerade durch den gegenseitigen Erbeinsetzungsvertrag unter Vorbehalt des Rücktrittes für das wechselseitige Testament der Ehegatten Ersatz gewähren will (vergl. S. 257).

Zum Ausdrucke gelangt zugleich, daß auch der andere Vertragschließende, also nicht der Erblasser allein, den Rücktritt sich vorbehalten kann[3]).

Geregelt wird ausschließlich der Rücktritt seitens des Erblassers; nur für diesen sind Vorschriften erforderlich. Der Rücktritt bedeutet lediglich die Befreiung von der Bindung durch den Vertrag. Der Vertragschließende, welcher die vertragsmäßige Zuwendung nur angenommen hat, bedarf kaum eines Rücktrittes. Ob, wenn ein solcher seine Rechte aufgiebt oder kraft Vorbehaltes

[1]) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 635 ff., 639, Eccius § 247 V; sächs. G. B. § 2556; Mommsen § 206; Stobbe § 311 bei Anm. 50.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 12 §§ 635 ff.

[3]) Der württemb. Entw. Art. 23 und der hess. Entw. IV, 2 Art. 550 lassen den vertragsmäßigen Rücktrittsvorbehalt überhaupt nicht zu.

zurücktritt, ein Erbverzicht anzunehmen sei, beurtheilt sich nach den §§ 2019 ff. Möglicherweise kann der Rücktritt von Belang sein für denjenigen Vertragschließenden, welcher eine Gegenleistung gewährt oder versprochen hat und sich durch den Rücktritt eine Kondiktion oder Einrede in Ansehung der Gegenleistung verschaffen will. Aber für Fälle solcher Art, in welchen rein obligatorische Verhältnisse mit erbrechtlichen, nicht lediglich obligatorisch wirkenden Verfügungen in einem Rechtsgeschäfte verbunden sind, lassen sich gesetzliche Vorschriften nicht wohl aufstellen. Die Beurtheilung solcher Geschäfte muß der Doktrin und Praxis überlassen bleiben. Ob nicht in einem solchen Falle, wenngleich der obligatorische Vertrag mit dem erbrechtlichen Vertrage ein einheitliches Ganzes bildet, die §§ 426 ff., insbesondere in Ansehung der Form der Rücktrittserklärung und der Art der Ausübung des Rechtes anwendbar werden, kann dahingestellt bleiben. Eine Vereinbarung dahin, der Rücktritt brauche nicht gegenüber dem anderen Theile erklärt zu werden, wird kaum für zulässig zu erachten sein, denn durch eine solche Vereinbarung würde das Rechtsgeschäft den Karakter einer letztwilligen Verfügung annehmen. Ueber das Rücktrittsrecht bei einem gegenseitigen Erbeinsetzungsvertrage bestimmt der § 1959.

Ferner wird nur derjenige Rücktritt von dem Erbeinsetzungsvertrage geregelt, bei welchem mit dem Rücktritte der ganze Vertrag aufgehoben wird. Für den Fall, daß das Rücktrittsrecht lediglich in Ansehung einer einzelnen vertragsmäßigen Bestimmung vorbehalten ist, bedarf es besonderer Vorschriften nicht; solche lassen sich auch kaum geben. Nach den Umständen des Falles muß beurtheilt werden, in welchem Sinne alsdann der Vorbehalt aufzufassen ist, und welche Folgen sich an den Rücktritt knüpfen. Im Zweifel wird die Auslegung gerechtfertigt sein, daß die Verfügung den Karakter einer letztwilligen, mit dem Vertrage äußerlich verbundenen Zuwendung haben soll.

Form des Rücktrittes.

Die Rücktrittserklärung ist formalisirt, jedoch nicht die Form der letztwilligen Verfügung verlangt. Maßgebend ist dafür die Rücksicht auf die Sicherheit des anderen Vertragschließenden und auf die wichtigen Folgen, welche sich an die Rücktrittserklärung knüpfen. Die gerichtliche oder notarielle Form erscheint ausreichend. Eine Verschärfung dieser Form, wie bei letztwilligen Verfügungen, ist nicht erforderlich. Das Bedürfniß einer Verschärfung der Form für die letztwillige Verfügung hängt hauptsächlich zusammen mit der einseitigen Errichtung der letztwilligen Verfügung; an einem solchen fehlt es, wenn die Willenserklärung dem anderen Vertragschließenden mitzutheilen ist. Dazu kommt, daß es sich um eine Beendigung der Wirkungen des Vertrages in Folge einer von Anfang an geschaffenen inneren Begrenzung dieser Wirkungen handelt, daß also nur der von Anfang an vorhandene, durch den rechtsgeschäftlichen Willen gesetzte Aufhebungsgrund zur Wirksamkeit gelangt[1]).

Eine besondere Art, wie die Mittheilung an den anderen Vertragschließenden zu erfolgen hat, ist nicht bestimmt. Würde insbesondere die Art der Mittheilung auf die Zustellung im Sinne der C. P. O. beschränkt, so ergäbe sich eine nicht nothwendige Beengung für den Fall, daß der Erklärende

[1]) Abweichend für das preuß. A. L. R. Entsch. d. R. G. Bd. 10 S. 250.

nicht von der ihm nach den §§ 75, 76 zustehenden Befugniß Gebrauch machen, sondern selbst die Mittheilung besorgen will.

Erklärung gegenüber dem Erben des anderen Vertragschließenden.

Im Falle des Todes des anderen Vertragschließenden ist hiernach die Rücktrittserklärung gegenüber dem Erben dieses anderen Theiles abzugeben, auch wenn das Recht aus der Einsetzung dritten Personen zusteht. Ein genügender Grund, von diesem Folgesatze abzuweichen und einen Erklärungsempfänger in anderer Weise zu bestimmen, liegt nicht vor. Noch weniger besteht ein Anlaß, das vorbehaltene Rücktrittsrecht mit dem Tode des anderen Vertragschließenden erlöschen zu lassen, soweit es sich nicht um einen gegenseitigen Einsetzungsvertrag handelt. Stirbt der als Erbe eingesetzte andere Vertragschließende vor dem Erblasser, so hat das Rücktrittsrecht keine Bedeutung. Die Erbeinsetzung wird in diesem Falle mit dem Tode des eingesetzten Erben von selbst unwirksam. Sind aber dritte Personen eingesetzt oder sind andere Personen als Ersatzerben des eingesetzten Vertragschließenden eingesetzt, so würde eine beschränkende Auslegung des Vorbehaltes der inneren Rechtfertigung entbehren. Anders liegt es bei dem gegenseitigen Erbeinsetzungsvertrage (vergl. § 1959 Abs. 1 Satz 2).

Persönliches Handeln.

Der Entwurf verlangt auch hier (Satz 2; vergl. §§ 1911, 1942, 1957), daß der Erblasser persönlich handele. Für eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu erfordern (Satz 3 bestimmt das Gegentheil), wäre nicht gerechtfertigt. In der Rücktrittserklärung liegt materiell eine Verfügung über die Erbfolge. Soweit eine solche von der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person überhaupt getroffen werden kann, wie bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung (§ 1911), bei dem Widerrufe einer solchen (§ 1933) und bei der Aufhebung eines Erbeinsetzungsvertrages durch Vertrag (§ 1957), muß ihr der höchstpersönliche Karakter gewahrt bleiben.

Vorbehalt anderer Art.

Im Erbeinsetzungsvertrage können den Anordnungen auflösende Bedingungen beliebigen Inhaltes beigefügt werden. Es ist also nicht ausgeschlossen, daß die Wiederaufhebung des Vertrages an den Eintritt von Potestativbedingungen, insbesondere an die Vornahme von Handlungen seitens des Erblassers, geknüpft wird. Nur darf die Beifügung derartiger Bedingungen nicht im Widerspruche stehen mit der bindenden Kraft des Vertrages, da es sonst am Vertragswillen fehlen würde. Eine Hinweisung auf die Zulässigkeit eines Vorbehaltes anderer Art bei dem Abschlusse des Vertrages ist deshalb nicht veranlaßt.

Unwiderruflichkeit des Rücktrittes.

Eine die Unwiderruflichkeit der Rücktrittserklärung zum Ausdrucke bringende Vorschrift (Abs. 2) ist schon im Hinblicke auf den § 426 Abs. 2 rathsam.

§ 1959.

3. Aufhebung eines gegenseitigen Vertrages.

Haben die Vertragschließenden sich gegenseitig als Erben eingesetzt oder haben beide oder auch nur der eine oder der andere die Erbeinsetzung eines Dritten vertragsmäßig ausbedungen oder hat der eine Vertragschließende den anderen als Erben eingesetzt, der andere den ersteren vertragsmäßig mit einem

Vermächtnisse bedacht, so spricht eine Vermuthung dafür, daß der Vertragswille der Vertragschließenden nur auf die Annahme des Vertrages im Ganzen gegangen ist, nicht aber dafür, daß, wie bei Anwendung des § 1787 angenommen werden könnte, der Bestand der einzelnen Erbeinsetzung oder Vermächtnißzuwendung von der Verfügung des anderen Theiles unabhängig sein soll. Hierauf beruht die Entscheidung des ersten Satzes des Abs. 1, daß der ganze Vertrag ungültig ist, wenn die Verfügung auch nur eines der Vertragschließenden ungültig ist. In den bezeichneten Fällen liegt ein synallagmatischer Vertrag nicht obligatorischen Karakters vor, welcher in gewisser Beziehung mit der vertragsmäßigen Aufhebung eines gegenseitigen Schuldverhältnisses verglichen werden kann (vergl. § 290). Die Wirkungen der synallagmatischen Natur des Vertrages prinzipiell zu bestimmen, geht nicht wohl an, zumal sich für das Prinzip ein geeigneter Ausdruck kaum finden läßt. Den Vorzug verdient es daher, die Wirkungen in den Hauptfällen, in welchen sie hervortreten, klarzustellen und dadurch das Prinzip erkennbar zu machen. Hierfür spricht auch, daß in Folge des Ausfallens der einer Erbeinsetzung auf einer Seite beigefügten Bedingung lediglich diese eine Erbeinsetzung unwirksam wird — ein Ergebniß, welches mit der Richtung des Willens der Vertragschließenden auf den Vertrag als ein Ganzes sehr wohl vereinbar ist —, ferner, daß für den Fall des vorbehaltenen Rücktrittes besonders zu bestimmen ist. Es wird zur Regel des § 114 zurückgekehrt. In Gemäßheit der §§ 1948, 1949 gilt die Vorschrift insbesondere auch in den Fällen der Anfechtung.

Rücktritt.

Ist in einem solchen gegenseitigen Vertrage der Rücktritt vorbehalten, so ist ebenfalls nicht anzunehmen, daß der Wille des Vertragschließenden dahin gegangen sei, der Vertrag solle theilweise gelten (Abs. 1 Satz 2). Uebereinstimmend regeln das preuß. A. L. R. I, 12 §§ 637, 640, das sächs. G. B. § 2556 und Mommsen § 206 Abs. 2. Wegen derjenigen Anordnungen, welche nicht als vertragsmäßige, sondern als für sich bestehende letztwillige Verfügungen gelten, vergl. § 1960.

Tod eines Vertragschließenden.

Stirbt jedoch einer der Vertragschließenden, ohne daß vorher der Rücktritt erklärt ist, so muß auch das Rücktrittsrecht erlöschen (Abs. 1 am Schlusse). Bestände in einem solchen Falle das Rücktrittsrecht des überlebenden Theiles fort, so würde ein besonderer Uebelstand sich deshalb ergeben, weil mit dem Eintritte des Erbfalles, durch welchen der Erbeinsetzungsvertrag in Ansehung der Erbschaft des einen Theiles zur Wirksamkeit gelangt ist, die Sachlage sich wesentlich geändert hat. Würde dem überlebenden Theile selbst dann noch der Rücktritt gestattet, so würde damit der ganze Vertrag zu Falle kommen; der Rücktritt würde also den Anfall der Erbschaft an den Vertragserben rückgängig machen. Denn die von dem Erstverstorbenen angeordnete Erbeinsetzung wäre als eine resolutiv bedingte anzusehen, nämlich als unter der Bedingung stehend, daß der überlebende Vertragschließende nicht widerrufe. Der Vertragserbe würde danach nur Vorerbe werden können. Es ist nicht anzunehmen, daß der Wille der Vertragschließenden dahin ging, ein so verwickeltes, unter einer Resolutivbedingung stehendes Rechtsverhältniß zu schaffen. Soll aber der überlebende Theil definitive Rechte erwerben, so muß auch auf

seiner Seite eine definitive, nicht mehr im Wege des Rücktrittes zu lösende Bindung eintreten[1]).

Dispositive Vorschriften.

Die Vorschriften des ersten Absatzes können nur zur Anwendung gelangen, wenn nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden erhellt (Abs. 2). Dadurch wird zugleich verdeutlicht, daß der synallagmatische Karakter des Vertrages nicht auf einer zwingenden Rechtsnorm beruht, sondern auf dem anzunehmenden Willen der Vertragschließenden.

Beschränkte Geschäftsfähigkeit.

Darüber, wie ein gegenseitiger Erbeinsetzungsvertrag dann aufzufassen ist, wenn der eine Vertragschließende in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, bedarf es besonderer Vorschriften nicht. Abzuweisen ist aber der Gedanke, daß alsdann ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 65 Abs. 3—6 (Motive zum Allg. Th. S. 134 ff.) vorliege.

§ 1960.

4. Aufhebung sonstiger Verfügungen.

In Ansehung der Art und Weise, wie die in einem Erbeinsetzungsvertrage neben der Einsetzung eines Vertragserben enthaltene bindende Verfügung von Todeswegen bei Lebzeiten der Vertragschließenden aufgehoben wird, ist nur auf die §§ 1957—1959 verwiesen (Abs. 1)[2]). Die Aufhebung einer solchen Verfügung ist nach dem § 1957 Abs. 1 lediglich mit Zustimmung des anderen Vertragschließenden möglich. Nach den allgemeinen Grundsätzen erfordert die Aenderung des Vertrages, um welche es sich in einem solchen Falle handelt, die Schließung eines neuen Vertrages unter Beobachtung der vorgeschriebenen Förmlichkeiten. Hiervon im Allgemeinen oder in Ansehung der Verfügungen von Todeswegen zu Gunsten Dritter abzuweichen, liegt kein Anlaß vor. Es ist nicht abzusehen, weshalb eine derartige Aenderung des Vertrages anders als eine sonstige theilweise Aufhebung des Vertrages behandelt werden sollte. Die Analogie des § 1390 paßt nicht. Im Falle des § 1390 wird nur die gesetzliche Folge des gütergemeinschaftlichen Erbrechtes abgewendet, nicht ein Vertrag geändert. Ueberdies ist die Erleichterung, welche der § 1390 gewährt, von geringem praktischen Werthe; sie geht nur dahin, daß die Erklärungen der Ehegatten (also bei entsprechender Anwendung der Vertragschließenden) getrennt gerichtlich oder notariell abgegeben werden können und die Zuziehung der bei dem Erbeinsetzungsvertrage zur Mitwirkung erforderlichen Personen erlassen wird, soweit nicht eine solche Zuziehung landesgesetzlich für notarielle oder gerichtliche Beurkundung vorgeschrieben ist. Hiernach kann jede Vorschrift entbehrlich erscheinen. Indessen ist es doch rathsam, auf die Anwendbarkeit der §§ 1957—1959 wegen des Falles hinzuweisen, daß unter den Parteien besonders vereinbart ist, die Verfügung habe als vertragsmäßige zu gelten. Denn in diesem Falle genügt auch hier die einfache notarielle oder gerichtliche Form des Rücktrittes; die Rücktrittserklärung ist dem anderen Vertragschließenden mitzutheilen.

---

[1]) Uebereinstimmend württemb. Entw. Art. 35 a, b, 84—87.

[2]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Stobbe § 311 S. 288; preuß. A. L. R. I, 12 § 646, Eccius § 247 Anm. 30, 31, Dernburg § 177 bei Anm. 21; sächs. G. B. § 2553.

Nicht bindende Verfügungen.

In Ansehung der in einem solchen Erbeinsetzungsvertrage getroffenen nicht bindenden Verfügung von Todeswegen kann der Zweifel aufgeworfen werden, ob gegenüber dem § 1956 Abs. 1 noch eine besonderen Vorschrift erforderlich sei. Zwar würden nach dem § 1956 Abs. 1 außer den §§ 1933, 1936 auch die §§ 1934, 1935 für anwendbar erklärt sein; indessen dürfte daran kein Anstoß zu nehmen sein, da die Anwendung der §§ 1934, 1935 nach Lage der Sache von selbst ausgeschlossen erscheint. Würde jedoch eine Vorschrift nicht aufgenommen, so blieben Zweifel möglich, namentlich, wenn davon ausgegangen wird, die in Rede stehende Verfügung stelle sich, obwohl der Verfügende daran nicht gebunden sei, als Bestandtheil des Vertrages dar, und unterstehe als solcher Bestandtheil den Grundsätzen, welche für den Rücktritt von einem Vertrage gelten. In solcher Allgemeinheit ist diese Annahme jedenfalls nicht zutreffend. Hat der Verfügende eine nicht bindende Verfügung von Todeswegen getroffen, sei es, daß er sich nicht binden konnte, sei es, daß er nicht gebunden sein wollte, so liegt eine lediglich formale Vereinigung von Erbeinsetzungsvertrag und letztwilliger Verfügung vor. Die Aufhebung der letzteren bestimmt sich nach den für die letztwillige Verfügung in dieser Hinsicht geltenden Grundsätzen, sodaß also gerichtliche oder notarielle Testamentsform erforderlich, aber auch genügend ist. Diese Grundsätze finden der Regel nach auch dann Anwendung, wenn der Verfügende den Widerruf der Verfügung oder in Ansehung dieser Verfügung den Rücktritt sich vorbehalten hat, da im Zweifel in einem solchen Vorbehalte der Ausdruck des Willens zu finden ist, daß diese Verfügung keinen Bestandtheil des vertragsmäßigen Inhaltes des Erbeinsetzungsvertrages bilden soll. Denkbar ist jedoch, daß der Wille ersichtlich ist, der Widerruf oder Rücktritt müsse gegenüber dem anderen Vertragschließenden erklärt werden. In einem solchen Falle ist die Verfügung als Vertragsbestimmung anzusehen. Demgemäß hat der Widerruf oder Rücktritt alsdann nach Maßgabe des § 1958 zu erfolgen.

Hiernach verdient es anscheinend den Vorzug, dem Verfügenden in Ansehung der Aufhebung der nicht bindenden Verfügung ein Wahlrecht zu geben zwischen den Formen des Widerrufes einer letztwilligen Verfügung und der Form des Rücktrittes vom Erbeinsetzungsvertrage. Allein eine Vorschrift dieses Inhaltes wäre rein positiv. Freilich würde damit erzielt, daß bei Verfügungen, in Ansehung deren zweifelhaft ist, ob eine Bindung vorliege oder nicht, der Verfügende auch dann sicher geht, wenn er in der Meinung, es liege eine bindende Verfügung vor, sich in der Form vergriffen hat und die Form des Rücktrittes von dem Vertrage gewählt hat, während die strengere Form des Widerrufes einer letztwilligen Verfügung erforderlich war. Unzuträglichkeiten in dieser Richtung werden sich indessen nur selten ergeben. Außerdem richtet das Bedenken sich mehr gegen die verschiedene formelle Behandlung des Rücktrittes von dem Vertrage und des Widerrufes als gegen die als Folge der Unterscheidung sich ergebenden Vorschriften.

Darüber, wie es sich verhält mit dem Bestande der nicht bindenden Verfügungen von Todeswegen, welche in einem Erbeinsetzungsvertrage sich finden, wenn die Vertragschließenden den Vertrag als solchen aufheben oder wenn der Erblasser von dem in Ansehung des ganzes Vertrages vorbehaltenen

Rücktritte Gebrauch macht, ist eine besondere Vorschrift nicht aufgenommen. Die Frage eignet sich nicht zur gesetzlichen Entscheidung, weil lediglich die Umstände des einzelnen Falles dafür maßgebend sein können, ob die nicht bindenden Verfügungen von Todeswegen als mitaufgehoben anzusehen sind. Allerdings wird mitunter, soweit es sich um den Rücktritt von dem Vertrage handelt, die Verschiedenheit der Form des Rücktrittes von derjenigen der Aufhebung einer letztwilligen Verfügung von Bedeutung sein.

Zustimmung des Dritten.

Daß zur Aufhebung der in einem Erbeinsetzungsvertrage zu Gunsten eines Dritten getroffenen Verfügung von Todeswegen die Zustimmung des Dritten nicht erforderlich sei, ist selbstverständlich sowohl in Ansehung einer bindenden als in Ansehung einer nicht bindenden Verfügung.

Die Frage, ob im Erbeinsetzungsvertrage eine Verfügung von Todeswegen zu Gunsten eines Dritten auch dergestalt getroffen werden könne, daß der Dritte sofort ein gegenwärtiges Recht erhält und demgemäß seine Zustimmung nöthig wird, ist kasuistischer Natur und bedarf wegen ihrer geringen praktischen Bedeutung einer Lösung im Gesetze nicht. Für die Zulässigkeit einer solchen Verfügung läßt sich geltend machen, daß, obschon der Vertrag zu Gunsten eines Dritten nur im Rechte der Schuldverhältnisse (§§ 412 ff.) behandelt ist, die Erwägungen, welche zur Anerkennung eines solchen Vertrages geführt haben (Motive dazu S. 265 ff.), nicht auf der besonderen Natur des Rechtes der Schuldverhältnisse beruhen, — dagegen, daß die Zulässigkeit einer Uebertragung jener Grundsätze, wenn das Gesetz schweigt, sich bezweifeln läßt.

Als zweifellos ist anzusehen, daß der Beitritt eines Dritten, wenn ein solcher erfolgen soll, nur im Wege eines völlig neuen Vertrages, bei welchem der Dritte als Vertragschließender mitauftritt, sich vollziehen kann.

Anfechtung einer bindenden Verfügung.

Auf die Anfechtung einer in dem Vertrage enthaltenen bindenden Verfügung werden die Vorschriften der §§ 1948, 1949, also die über die Anfechtung des Erbeinsetzungsvertrages, für entsprechend anwendbar erklärt (Abs. 2). Die Aufnahme der folgerichtigen Entscheidung ist geboten, weil das Institut der Anfechtung ein positives ist und in Ermangelung einer Vorschrift die Auffassung sich kaum rechtfertigen ließe, die Anfechtungsgrundsätze seien entsprechend anzuwenden.

§ 1961.

VII. Gegenseitiger Erbeinsetzungsvertrag mit Rücktrittsvorbehalt. Ausschlagung.

Nach dem § 1958 ist bei einem gegenseitigen unter Vorbehalt des Rücktrittes geschlossenen Vertrage anzunehmen, das Rücktrittsrecht des überlebenden Theiles erlösche mit dem Tode des anderen Vertragschließenden, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden erhellt. Entsprechend der für das geltende Recht vertretenen Auffassung von der Bedeutung des Rücktrittsvorbehaltes[1]), wird diese Vorschrift beschränkt, indem dem überlebenden Theile das Recht eingeräumt wird, durch Ausschlagung des ihm in dem Vertrage Zugewendeten die Freiheit der Verfügung in Ansehung der von ihm bindend

[1]) Vergl. Eccius § 247 S. 326, 333, u. A.

getroffenen Verfügungen von Todeswegen zu erlangen. Nach der Ausführung zum § 1913, S. 257, soll der gegenseitige Erbeinsetzungsvertrag das gemeinschaftliche korrespektive Testament ersetzen. Soweit das letztere besteht, wird von einigen geltenden Rechten sowie von Theorie und Praxis[1]) besonderes Gewicht darauf gelegt, daß der überlebende Theil in Ansehung der von ihm getroffenen Verfügungen mit der Ausschlagung der Erbschaft freie Hand erhalte.

Die Gründe, auf welchen der § 1958 und der § 1959 Abs. 1 Satz 2 beruhen, treffen zwar auch in diesem Falle zu. Allein dieselben verlieren hier erheblich an Gewicht gegenüber dem Umstande, daß mit der Ausschlagung nicht, wie im Falle des Rücktrittes, der ganze Vertrag rückgängig wird, sondern nur die Folge eintreten soll, daß die bindenden Verfügungen des überlebenden Vertragschließenden zu nicht bindenden werden, er also nur befugt ist, seine Verfügungen von Todeswegen nach Maßgabe der §§ 1933, 1936 durch letztwillige Verfügung aufzuheben.

§ 1962.

B. Vermächtnißvertrag. Zulässigkeit.

Daß der selbständige Vermächtnißvertrag zugelassen ist, ist bereits S. 312 erörtert. Die Frage kann aufgeworfen werden, ob es nicht ausreichen würde, die Zulässigkeit eines solchen Vertrages auszusprechen, wie der erste Absatz vorschreibt, nachdem derjenige Vermächtnißvertrag, welcher nur einen Theil eines Erbeinsetzungsvertrages bildet (unselbständiger Vermächtnißvertrag), bereits in den vorhergehenden Vorschriften geregelt ist. Insbesondere bestimmt der § 1955 über die Art der Errichtung eines solchen, der § 1956 über dessen materielle Wirkung, der § 1960 über die Aufhebung. Allein eine solche Vorschrift reicht nicht aus. Zweifel würden bestehen bleiben in Ansehung der Art der Errichtung, denn der § 1955 beschränkt sich auf die Vorschrift, daß der unselbständige Vermächtnißvertrag den Bestandtheil eines Erbeinsetzungsvertrages bilden kann, — weiter in Ansehung der Aufhebung, denn der § 1960 redet nur von der Aufhebung der in einem Erbeinsetzungsvertrage neben der vertragsmäßigen Erbeinsetzung enthaltenen Verfügungen von Todeswegen, — aber auch in Ansehung der materiellen Wirkungen, weil der § 1956 gleichfalls eine in einem Erbeinsetzungsvertrage neben der Erbeinsetzung enthaltene Verfügung von Todeswegen voraussetzt.

Errichtung. Wirkungen.

Der zweite Absatz beugt solchen Zweifeln vor, indem in Ansehung der Errichtung und Aufhebung des selbständigen Vermächtnißvertrages die Vorschriften über den Erbeinsetzungsvertrag für entsprechend anwendbar erklärt werden (Satz 1). Wegen der Wirkungen wird auf die entsprechende Anwendung der Vorschriften, welche für den Fall gelten, daß in einem Erbeinsetzungsvertrage ein Vermächtniß mit bindender Wirkung angeordnet ist, und nicht schlechthin auf den Erbeinsetzungsvertrag verwiesen (Satz 2), weil sonst

---

[1]) Preuß. A. L. R. II, 1 §§ 490, 491, Dernburg § 184 Anm. 9, 10, Eccius § 257 S. 218; sächs. G. B. § 2214; Roth § 316 Anm. 41 und dessen Zitate.

eine ungerechtfertigte Unebenheit gegenüber den Vorschriften über den unselbständigen Vermächtnißvertrag sich ergeben würde.

Daß an Stelle der Vorschriften über die Erbeinsetzung durch letztwillige Verfügung die Vorschriften über das durch letztwillige Verfügung zugewendete Vermächtniß bei dem Vermächtnißvertrage, entsprechend dem § 1946, Anwendung finden müssen, bedarf eines besonderen Ausdruckes nicht.

Für den Fall, daß der eine Vertragschließende den anderen zum Erben einsetzt, der letztere aber dem ersteren ein Vermächtniß vertragsmäßig zuwendet, ist bereits im § 1956 bestimmt. Die Frage, inwieweit ein Vermächtnißvertrag eine frühere letztwillige Verfügung aufhebt, kann, als praktisch kaum bedeutsam, auf sich beruhen. Es ist daher nicht erforderlich, auszusprechen, daß der § 1953 entsprechend anzuwenden sei.

In Ansehung der Wirkung des vertragsmäßigen Vermächtnisses auf die Verfügungsmacht des Verfügenden ist im § 1956 Abs. 3 bestimmt und ist auf S. 336, 337 ff. dargelegt, weshalb eine weiter reichende Beschränkung des Verfügenden nicht zulässig erscheint.

§ 1963.

C. Schenkung auf den Todesfall.

Die Schenkung auf den Todesfall wird als ein besonderes Rechtsinstitut noch anerkannt von der herrschenden Meinung im gemeinen Rechte, von dem code civil Art. 893, 947, 1082, 1084, 1095, 1096 und einigen Entwürfen. Das bayr. L. R. III, 8 §§ 2, 3 und einige ältere Rechte beurtheilen sie als testamentarisches Vermächtniß. Das österr. G. B. §§ 603, 956 schließt sich dieser Auffassung an, fügt jedoch bei, daß, sofern die Unwiderruflichkeit ausdrücklich bedungen ist, eine unbedingte (vererbliche) Schenkung unter Lebenden anzunehmen sei. Das preuß. A. L. R. I, 11 §§ 1134 ff., I, 12 §§ 335, 607, 620 behandelt diese Schenkung als bedingte Schenkung unter Lebenden und im Falle eines ausdrücklichen Widerrufvorbehaltes als testamentarisches Vermächtniß. Das sächs. G. B. beurtheilt die Schenkung, je nachdem sie vollzogen ist oder nur ein Versprechen vorliegt, als (bedingte) Schenkung unter Lebenden oder als Einsetzungsvertrag oder letztwillige Zuwendung (§§ 2500–2502, 2542)[1]).

Der Entwurf erachtet die Formen der testamentarischen und der vertragsweisen Zuwendung von Todeswegen sowie die Vorschriften über Schenkungen für genügend, um der Bethätigung jeder Willensmeinung der Betheiligten Raum zu lassen[2]); andererseits ist das Bedürfniß nicht zu leugnen, die an dieses Institut sich anschließenden, bis heute ungelösten Streitfragen durch

[1]) Windscheid §§ 369, 675, 676; Roth §§ 307, 329; Unger § 77; Zachariae §§ 643, 735—737, 739—744; bayr. Entw. von 1861 Rechtsgeschäft Art. 122—128; hess. Entw. IV, 2 Art. 95, 113, 114, 552, 553; für preuß. A. L. R. Dernburg § 154 Anm. 13 ff., Eccius Bd. 2 (2. A.) S. 33—37. Nach Trummer § 586 ist für Hamburg die Vergabung von Todeswegen an die Stelle des Institutes getreten. Mommsen §§ 191, 440—442 (Mot. S. 429—432) steht dem österr. G. B. nahe.

[2]) Vergl. Koch, Erbr. S. 1138; Gruchot, Beitr. Bd. 13 S. 856 dagegen Dernburg § 154 Anm. 15.

Nichtaufnahme desselben zu beseitigen. Demgemäß begnügt er sich damit, zu bestimmen, daß auf die näher bezeichnete Schenkung, je nachdem nur ein Versprechen ertheilt oder die Schenkung vollzogen ist, die Vorschriften über den Erbeinsetzungsvertrag oder den Vermächtnißvertrag oder die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung finden.

Begriffsbestimmung.

Die Begriffsbestimmung ist dahin gegeben: „Schenkung unter der Bedingung, daß der Schenker vor dem Beschenkten sterbe oder diesen nicht überlebe". In Wirklichkeit handelt es sich um eine Bedingung, obschon diese, soweit die Umdeutung in eine Verfügung von Todeswegen erfolgt, damit ihre Bedeutung als solche verliert. Einbezogen wird auch der Fall des Nichtüberlebens; hierunter fällt das gemeinsame Versterben gleichfalls. An sich kommt es zwar nur darauf an, daß der Schenker vor dem Beschenkten sterbe, denn nur in diesem Falle läßt sich, streng genommen, eine Schenkung als Verfügung von Todeswegen behandeln. Aber auch dann, wenn der Ausdruck, daß der Schenker den Beschenkten nicht überlebe, gebraucht ist, läßt sich annehmen, es sei das Vorversterben gemeint und es liege nur ein Vergreifen im Ausdrucke vor.

Als entbehrliches Beispiel ist die Schenkung bei einer bestimmten Lebensgefahr[1]) nicht besonders erwähnt. Der Fall ist selten und es erscheint richtiger, die Entscheidung desselben der Würdigung der Umstände des Falles zu überlassen und nicht hervorzuheben, in diesem Falle sei zugleich die Bedingung als beigefügt anzusehen, die Schenkung solle nur dann bestehen, wenn der Beschenkte den Schenker überlebe.

Einseitiges Versprechen.

Mit einigen Rechten des einseitigen Versprechens einer Schenkung auf den Todesfall zu gedenken[2]), ist nicht für erforderlich erachtet. Die §§ 437 ff. haben zur Grundlage die Vertragsnatur der Schenkung (Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 288, 289). Die Erklärung einer Person, sie verspreche zu schenken, aber wolle nicht, daß das Versprechen angenommen werde, ist danach rechtlich bedeutungslos (§ 342). Deshalb ist überall der Ausdruck „einseitiges Schenkungsversprechen" vermieden. Hat Jemand einseitig in der Form der letztwilligen Verfügung erklärt, er schenke gewisse Gegenstände oder sein ganzes Vermögen einem Anderen für den Fall seines Todes, so ist eine letztwillige Verfügung errichtet, der Verfügende hat sichtbar nur einen unzutreffenden Ausdruck gebraucht, welchem der § 1788 (vergl. § 73) zur Geltung verhilft. Wollte der Erklärende, der Beschenkte müsse diese Erklärung annehmen, so bleibt zweifelhaft, ob das Versprechen als letztwillige Verfügung aufrecht erhalten werden kann, und ob es rechtliche Bedeutung nicht erst dann erlangen soll, wenn die Annahmeerklärung in der Form des Vermächtnißvertrages oder Erbeinsetzungsvertrages hinzugetreten ist. Diese Frage im Gesetze zu entscheiden, besteht kein Anlaß.

Eine Verdeutlichung, wann die Vorschriften über den Vermächtnißvertrag, wann die über den Erbeinsetzungsvertrag (z. B. falls Gegenstand des Versprechens das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen des Schenkers ist)

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 1138; sächs. G. B. § 2500, u. A.

[2]) Sächs. G. B. § 2500; Mommsen § 442.

Anwendung finden, ist entbehrlich, zumal die Annahme, in dem letzteren Falle stehe ein Vermächtniß der Erbschaft (legatum hereditatis) in Frage, durch den § 1788 ausgeschlossen ist.

Vollzogene Schenkung.

Ist die Schenkung vollzogen, so liegt eine Vergabung des Nachlasses nicht vor; der Schenker mindert vielmehr sein Vermögen sofort und unmittelbar. Die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden müssen daher Anwendung finden.

Nicht ausgesprochen wird, daß eine derartige Schenkung als auflösend bedingte Schenkung zu gelten habe. Nachdem die aufschiebend bedingt vollzogene Schenkung unter Lebenden nicht von der für vollzogene Schenkungen gewährten Formfreiheit ausgenommen ist (§ 441, Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 294), besteht kein Anlaß, die aufschiebend bedingt vollzogene Schenkung von Todeswegen auszuschließen oder umzudeuten.

Ferner wird nicht von einer Schenkung gesprochen, welche während des Schwebens der Bedingung vollzogen ist. Die durch Veräußerung vollzogene Schenkung auf den Todesfall zerfällt nicht in zwei verschiedene Akte, die Schenkung und die Vollziehung, welche der Zeit nach auseinander liegen können. Der vollzogenen Schenkung kann ein Versprechen vorausgehen; die vollzogene Schenkung schließt aber begrifflich in sich, daß durch die Veräußerung die Hingabe des geschenkten Gegenstandes animo donandi bewirkt ist (Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 294). Das Versprechen kann nur als Beweggrund in Betracht kommen. Die Vollziehung ist an sich ein neues selbständiges Geschäft. Erfolgt die Hingabe auf Grund des Versprechens solvendi causa, so liegt eine vollzogene Schenkung im Sinne der §§ 441, 1963 nicht vor, vielmehr handelt es sich um die Erfüllung eines nichtigen Versprechens oder, wenn das Versprechen als Verfügung von Todeswegen gültig ist, um vorzeitige Erfüllung der Verfügung. Das Geleistete unterliegt der Rückforderung nach den Grundsätzen über Leistung einer Nichtschuld (§§ 737 ff.). Tritt zu dem als Verfügung von Todeswegen gültigen Schenkungsversprechen eine vollzogene Schenkung in Ansehung desselben Gegenstandes hinzu, so kann darin eine Aufhebung des Versprechens nicht gefunden werden, da der Entwurf die ademtio legati nicht kennt (S. 153).

Verspricht Jemand vertragsmäßig, einen Gegenstand auf den Todesfall zu schenken und verpflichtet er sich zugleich, den Gegenstand noch vor seinem Tode zu übertragen, so kann dieser Fall nicht unter die Vorschrift über die vollzogene Schenkung gebracht werden; das Versprechen der Vollziehung läßt sich nicht der Vollziehung selbst gleichstellen. Ob in diesem Falle die für das Schenkungsversprechen gegebene Vorschrift anwendbar ist oder ob dieselbe Beurtheilung einzutreten hat wie für ein unbedingtes Schenkungsversprechen, welches auf eine von der Bedingung des Vorversterbens des Schenkers abhängige Uebertragung des Gegenstandes gerichtet ist, kann dahingestellt bleiben. Der Fall hat eine zu geringe praktische Bedeutung, um zum Gegenstande einer besonderen Entscheidung gemacht zu werden.

Vierter Abschnitt.

Gesetzliche Erbfolge.

Stellung des Pflichttheilsrechtes im Systeme.

Der vierte Abschnitt behandelt die gesetzliche Erbfolge, und zwar im ersten Titel die gesetzlichen Erben, im zweiten Titel den Pflichttheil. Dem Pflichttheilsrechte ist hiernach ein selbständiger Abschnitt nicht gewidmet. Entscheidend für die Stellung ist nicht der Umstand, daß nach dem Entwurfe das Pflichttheilsrecht nicht ein Erbrecht ist, vielmehr nur als ein unentziehbarer persönlicher Anspruch auf Hinterlassung eines bestimmten Werthbetrages sich darstellt (vergl. §§ 1975, 1976), und ebensowenig, daß das Pflichttheilsrecht auch gegenüber einer Verfügung von Todeswegen Geltung behauptet. Dagegen ist für maßgebend erachtet, daß das Pflichttheilsrecht das gesetzliche Erbrecht zur Voraussetzung hat. Ohne das letztere ist das erstere nicht denkbar. Dieser enge Zusammenhang läßt es ebenso natürlich als angemessen erscheinen, das Pflichttheilsrecht in diesen Abschnitt aufzunehmen. Die rechtliche Natur des Pflichttheilsrechtes wird dadurch nicht verdunkelt.

Erster Titel.

Gesetzliche Erben.

Vorbemerkung.

Parentelerbfolge.

Der Entwurf beruht in Ansehung der Verwandtenerbfolge auf dem Parentelsysteme. Dies kann auffallen, da das Parentelsystem für den größten Theil des Deutschen Reichsgebietes eine Neuerung bringt (es gilt nur in einigen kleinen Gebieten Bayerns und einem Theile von Schleswig-Holstein) und keineswegs zu verkennen ist, daß das System nicht in jeder Hinsicht einwandsfrei ist. Allein das zur Zeit geltende Recht ist ein so verschiedenes, die demselben zu Grunde liegenden Systeme, soweit von solchen geredet werden kann und nicht Zwittergestaltungen vorliegen, sind ebenfalls so sehr anfechtbar, daß das in gewissem Sinne vermittelnde System des Entwurfes immer noch den Vorzug verdienen wird.

Geltendes Recht.

Nach dem geltenden Rechte bestimmt sich im Allgemeinen die Nähe der Verwandtschaft, welche für entscheidend angesehen wird, nach der Zahl der Zeugungen zwischen dem Erblasser und seinen Verwandten (vergl. § 31). Das hierauf beruhende Gradualsystem hat kein geltendes Recht ausschließlich zur Anwendung gebracht; von allen Rechten wird die Art der Verwandtschaft mit herangezogen. Demgemäß wird nach Verwandtschaftslinien unterschieden und besteht eine Klasseneintheilung, wie sie sich schon im röm. Rechte findet. Darin stimmen alle Rechte überein, daß die sog. gerade absteigende Linie die nächste Verwandtschaftslinie ausmacht, sodaß durchweg diese Linie als ausschließlich erste Klasse, ohne Rücksicht auf die Zahl der Verwandtschaftsgrade, aufgestellt wird. Auch die drei Grade entfernten Urenkelkinder erben vor den im ersten Grade verwandten Eltern.

Für den Fall, daß es an solchen nahen Verwandten fehlt, bestimmen die geltenden Rechte verschieden.

Schoßfallsrecht.

Einige Rechte erklären als Erben die Verwandten in der Reihenfolge, daß die Aszendenten die Seitenverwandten unbedingt ausschließen. So vor Allem das sächs. G. B. § 2026, im Anschlusse an die kursächsische Konstitution von 1572 III, 17 (ebenso die magdeb. Polizeiordn. von 1688 c. 44 § 21). Nach dem sächs. G. B. bilden die Klassen 2 bis 4: die Eltern und Voreltern; Geschwister und deren Abkömmlinge mit Bevorzugung der vollbürtigen Geschwister im Erbtheile, die übrigen Seitenverwandten. Nahe kommt diesen die fränk. Ld. Ger. O. III Tit. 74 ff., nach welcher in den Klassen 2 bis 5 Aszendenten, vollbürtige Geschwister und deren Kinder, halbbürtige Geschwister und deren Kinder, endlich die übrigen Verwandten erben.

System des röm. Rechtes.

Diesem Systeme kann das des röm. Rechtes nach den Novellen 118, 127 angereiht werden. Hiernach erben in den Klassen 2 bis 4 die Aszendenten nach Gradesnähe mit den vollbürtigen Geschwistern und deren Kindern zusammen nach Köpfen, halbbürtige Geschwister und deren Kinder, die übrigen Seitenverwandten nach Gradesnähe; es tritt aber hinzu Stammesprinzip mit Repräsentation für Aszendenten, ohne Repräsentation für die Seitenverwandten. Außer einer Reihe älterer Statuten (vergl. auch Joachimische Konstitution von 1527 VI, 21 §§ 1, 2), haben sich dem gemeinen Rechte noch angeschlossen die oldenb. Gesetze v. 24. April 1873 und 10. Januar 1879 Art. 1, und mit Beschränkung der Unterscheidung zwischen vollen und halbbürtigen Verwandten auf den zweiten Grad der Verwandtschaft zum Erblasser (Bl. f. R. A. 32 S. 316) das bayr. L. R. III, 12. Mehr oder minder erhebliche Abweichungen weisen schon auf: das württemb. L. R. v. 1610 Th. IV Tit. 20 (vergl. Stein §§ 20, 31, Enkel verstorbener vollbürtiger Geschwister werden der Klasse 3 eingereiht), sowie eine Reihe von Rechten beschränkten Geltungsgebietes[1]).

Das preuß. A. L. R. II, 2 §§ 492—498, II, 3 §§ 31 ff. läßt in Klasse 2 bis 5 erben: die Eltern des Erblassers, beide oder einen derselben; die voll-

[1]) Nürnb. Ref. v. 1564 III Tit. 34, 35; mainzer L. R. Tit. 14 §§ 1—12; mecklenb. Polizei- und Landesordn. v. 1572; schaumb. Polizeiordn. v. 1615 Kap. XIV; anhalt. Landesordn. v. 1666 Tit. 35; solmser L. R. Tit. 24—27; nassau-katzenel. L. O. v. 1616 Th. IV Kap. III bis V; u. A.

bürtigen Geschwister und deren Abkömmlinge; weitere Voreltern mit Halbgeschwistern und deren Abkömmlingen; die übrigen Seitenverwandten.

Das lüb. Erbges. v. 10. Februar 1862 Art. 17, 18 bestimmt die Klassen 2 bis 5 dahin: des Erblassers Eltern, beide oder einer derselben; Vollgeschwister und deren Kinder; Großvater und Großmutter, dann die entfernteren Voreltern nach Gradesnähe; die übrigen Seitenverwandten nach Gradesnähe, ohne Rücksicht auf volle oder halbe Geburt.

Mit mehr oder minder erheblichen Abweichungen liegt dasselbe System zu Grunde den Gesetzen der thüring. Staaten, dem frankf. und dem brem. Rechte. Diese berufen in Klasse 2 bis 5: die Eltern des Erblassers; die voll- und halbbürtigen Geschwister des Erblassers und deren Abkömmlinge; die weiteren Aszendenten; die Seitenverwandten der aufsteigenden Linie, mit Bevorzugung derjenigen, welche mit dem Erblasser einen näheren gemeinschaftlichen Vorfahren haben. Unter sich sind insbesondere die thüring. Gesetze noch wieder in Einzelheiten verschieden. So zieht z. B. Altenburg die Klassen 3 und 4 zusammen, Gotha läßt in der fünften Klasse den Unterschied zwischen voller und halber Geburt fallen, Weimar, Altenburg und beide Reuß lassen vollbürtige neben halbbürtigen Verwandten je zwei Kopftheile nehmen.

Weiter kann hierher gerechnet werden, außer anderen Rechten beschränkteren Geltungsgebietes, das hamb. St. R. von 1603 III, 3 Art. 12 (Großeltern und Halbgeschwister erben zusammen, vollbürtige Geschwister schließen die entfernteren Aszendenten aus, Eltern bilden die zweite Klasse).

Diesen Rechten steht der hess. Entwurf nahe. Derselbe spricht zwar in den Motiven von Parentelerbfolge, läßt aber in der zweiten Klasse neben den Eltern die voll- und halbbürtigen Geschwister und ihre Abkömmlinge erben; vollbürtige erhalten neben halbbürtigen je zwei Theile; bei der Theilung zwischen Eltern und Halbgeschwistern wird die Zahl der letzteren besonders berücksichtigt; in der dritten und vierten Klasse erben neben den Groß- oder Urgroßeltern deren Deszendenten.

Parentelsystem.

Das Parentelsystem ist rein durchgeführt in dem auch in einigen kleinen Theilen Bayerns geltenden österr. G. B. §§ 731—750, in der in Theilen von Schleswig-Holstein geltenden dän. Verordn. v. 21. Mai 1845 und bei Mommsen, endlich in den schweiz. Gesetzbüchern von Zürich, Zug und Graubündten. Dem zür. G. B. stehen nahe die Gesetzbücher von Luzern, Thurgau und Nidwalden, wohl auch die von Schaffhausen und Glarus. Daß das ältere lüb. Recht hierher zu rechnen sei (Beseler § 133 Anm. 13; Pauli Abhdl. III S. 42 ff.), ist nicht unzweifelhaft. Die Kodifikation von 1586 (vergl. II, 2 Nr. 13 ff.) rechtfertigt wenigstens eine solche Annahme nicht.

Gemischtes System.

Ein gemischtes System befolgt der preuß. Entw. von 1835 (§§ 22 ff., 177—184, 1852—190, S. 108, 122 ff., Deszendenten nach Stämmen, Eltern und als deren Repräsentanten ihre Deszendenten nach Stämmen, die übrigen Verwandten nach der Nähe des Grades); für die beiden ersten Klassen ist das System der Parentelerbfolge gewählt.

Der code civil (Art. 746—755) hat für die dritte und vierte Klasse sich dem Parentelsystem angeschlossen. Wenigstens läßt sich das System vielleicht so bezeichnen. Seine Klassen sind: 1. Deszendenten nach gemeinrechtlichen

Grundsätzen; 2. Vater und Mutter des Erblassers (zu je einem Viertel) neben den Geschwistern und deren Abkömmlingen; vollbürtige Geschwister allein theilen nach Köpfen; konkurriren Kinder von vollbürtigen Geschwistern, so wird nach Stämmen getheilt; sind auch halbbürtige Geschwister oder deren Abkömmlinge vorhanden, oder halbbürtige Geschwister aus verschiedenen Ehen, so tritt Theilung nach Linien ein, innerhalb der Linie Theilung nach Köpfen und Stämmen; vollbürtige erben alsdann in beiden Linien; 3. entferntere Aszendenten nach Gradesnähe; sind Aszendenten von beiden Linien vorhanden, so erben diese allein, die väterliche und die mütterliche Linie je zur Hälfte; sind Aszendenten nur von einer Linie vorhanden, so erben sie mit den Seitenverwandten je zur Hälfte; die Seitenverwandten unter sich theilen ihre Hälfte nach den Grundsätzen der vierten Klasse; 4. die Seitenverwandten bis zum zwölften Grade mit Theilung nach Linien; in jeder Linie erben die dem Grade nach Nächsten ohne Repräsentationsrecht; gleich Nahe theilen nach Köpfen; sind nur Verwandte von einer Linie vorhanden, so erben diese allein.

Entwurf. Der Schwerpunkt für die Entscheidung liegt darin, daß in Ansehung des Verhältnisses der Seitenverwandten zu den Aszendenten die sachlichen Ergebnisse des Entwurfes als die verhältnißmäßig billigeren und angemesseneren erachtet sind (vergl. § 1966). Ferner spricht dafür die Rücksicht auf die Einfachheit des Gesetzes. Diese geht den gemischten Systemen verloren, insbesondere denen des preuß. A. L. R. und des code civil, ohne daß dadurch besondere, auf anderem Wege nicht erreichbare Vortheile erlangt werden. Das Parentelsystem bietet jedenfalls eine erschöpfende Regelung, welcher sich nur vielleicht gegenüberstellen läßt die Regelung des sächs. G. B., bei welcher lediglich die drei Linien entscheiden. Die Regelung des sächs. G. B. gelangt jedoch zu dem auffallenden Ergebnisse, daß das Vermögen in der zweiten Klasse nicht an die jüngeren, sondern in der Regel an die ältesten Familienglieder gelangt und auf diesem Wege den näheren Verwandten entzogen wird, z. B. durch die Großeltern, weil die Eltern verstorben sind, den Geschwistern, welchen es durch die Großeltern, wenn dieselben mehrere Kinder hatten, nur theilweise wieder zukommen kann. Alles, was sonst für das Parentelsystem geltend gemacht zu werden pflegt, nämlich Anschluß an den natürlichen Bau der Familie, Uebereinstimmung mit dem vermuthlichen Willen des Erblassers, Bewährung des Systemes in Oesterreich durch die Abschneidung von Erbschaftsprozessen, Anschluß an eine Deutsch-nationale Grundlage u. s. w., ist theils von zweifelhaftem Werthe, theils nicht unbestritten und kann deshalb nicht entscheidend sein (vergl. die umfangreiche Literatur, insbesondere Unger § 31 Anm. 1, 2; Goenner im Archiv für die Gesetzgebung IV S. 254 ff.; Pfeiffer, Ideen eines neuen Civilges. B. S. 190; Roßhirt in der Dogmengeschichte des Civ. R. S. 326; Gruchot III S. 272; Bruns in v. Holtzendorff's Encykl. § 89 S. 365, 366; Binding im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 57 S. 414 ff.; Mommsen, Mot. S. 116—119; von Amira, Erbfolge u. s. w. nach niederdeutschem Rechte, 1874; Brunner, das anglo-germanische Erbfolgesystem, 1869, und gegen diesen Wasserschleben, Prinzip der Erbenfolge, 1870 S. 242; Heydemann, Anklänge an die deutsche Parentelordnung, 1871; Stobbe § 288).

Dagegen verdient noch hervorgehoben zu werden, daß die Grundgedanken des Parentelsystemes (diejenigen, welche mit dem Erblasser die näheren Stammeseltern gemeinsam haben, sollen solche Verwandte ausschließen, welche durch entferntere Stammeltern mit dem Erblasser verbunden sind, und in der Linie soll Eintritt der Entfernteren an Stelle der Weggefallenen stattfinden) einfach und leicht verständlich sind, daß das Parentelsystem dem Gedanken der Bevorzugung der jüngeren Generation Rechnung trägt (gemeines, franz. Recht), andererseits aber durch die Bevorzugung der Eltern vor den Geschwistern auch das Schoosfallsrecht (Sachsen, preuß. A. L. R.) berücksichtigt, und hiernach eine Ausgleichung der bestehenden Grundverschiedenheiten der geltenden Systeme bietet.

Nicht unerwähnt soll endlich bleiben, daß zur Zeit, als die grundlegenden Beschlüsse gefaßt wurden (1875), die auf dasselbe Ergebniß hinzielenden Vorschläge Mommsen's noch nicht bekannt waren, daß auch Heimbach, Andeutungen u. s. w., Bertram in dem Vorworte zum nass. Priv. R. (1. A.) S. VII, u. A. das Parentelsystem befürworten, daß endlich die für Bayern ausgearbeiteten Entwürfe (1809, 1811, 1834 und 1856), obschon auch dort das Parentelsystem nur in ganz kleinen Bezirken gilt, insgesammt auf diesem Boden stehen. Die zum Theil sehr neuer Zeit angehörenden Gesetzbücher der Deutschen Schweizerkantone vervollständigen das Bild der neueren Rechtsentwickelung, von welcher sich behaupten lassen wird, daß sie überwiegend dem Parentelgedanken zuneige.

Eine nicht zu unterschätzende Einwendung gegen das Parentelsystem wird in der Regel dem Umstande entnommen, daß dasselbe zu einer zu großen Zersplitterung des Vermögens führe. Der Entwurf hat sich, in Uebereinstimmung mit dem preuß. Entw. von 1835, angelegen sein lassen, diesen Einwand zu beseitigen (vergl. § 1968).

§ 1964.

I. Maßgebender Zeitpunkt.

Darüber, wann die gesetzliche Erbfolge eintritt, ist bereits im § 1751 Abs. 2 bestimmt.

Der erste Absatz des § 1964 enthält den dem geltenden Rechte gemeinsamen Grundsatz, daß die gesetzliche Erbfolge sich nach dem Zeitpunkte des Erbfalles bestimmt. Eine Vorschrift für den besonderen Fall, daß die Beerbung auf Grund einer Todeserklärung eintritt (daß alsdann die Zeit des Urtheiles entscheide), ist nicht erforderlich (vergl. S. 2).

Erbberechtigung eines nasciturus.

Die Aufnahme der an den § 1758 sich anschließenden Vorschrift, daß eine nach dem Erbfalle geborene, aber zur Zeit des Erbfalles bereits empfangene Person erbberechtigt ist, wie wenn sie zur Zeit des Erbfalles bereits geboren gewesen wäre (Abs. 2), ist erforderlich, da der Entwurf den Satz „nasciturus pro jam nato habetur" nicht allgemein ausspricht (vergl. S. 11, 88, 181), und zwar aus denselben Gründen, auf welchen der § 1758 beruht. Die Vorschrift entspricht dem überwiegend geltenden Rechte[1]). Das österr. G. B. (Unger § 5 Anm. 1), welchem in dieser Beziehung Mommsen folgt

---

[1]) Windscheid § 535 Anm. 5; preuß. A. L. R. I, 9 § 371; code civil Art. 725, 718; sächs. G. B. § 2008; bayr. L. R. III, 12 § 2 Nr. 5.

(§ 8 Abs. 1, dessen Mot. S. 137), läßt genügen, daß der nasciturus zur Zeit des Anfalles (der nicht nothwendig mit dem Erbfalle zusammenfällt) konzipirt war. Da das österr. G. B. (ebenso Mommsen) das Prinzip des Antretungserwerbes hat, kann seine Entscheidung für den Entwurf nicht maßgebend sein. Freilich werden mit der Regelung des österr. G. B. einige Härten beseitigt, welche der Grundsatz zur Folge hat. Dieser Grund erscheint jedoch insofern nicht durchschlagend, als auch damit nur in wenigen einzelnen Fällen geholfen wird.

§ 1965.

II. Verwandtenerbfolge. 1. Erste Linie. Abkömmlinge. „Linie."

Als gesetzliche Erben sind zunächst zur Erbfolge berufen die Kinder und die weiteren Abkömmlinge des Erblassers, als erste Linie (Abs. 1). Wegen des Wortes „zunächst" vergl. zum § 1970.

Das Wort „Linie" gebraucht der Entwurf, im Anschlusse an das österr. G. B. §§ 730 ff., statt des in der Rechtswissenschaft üblicheren Wortes „Parentel", weil der Ausdruck Parentel nur Juristen geläufig ist, während die Sprache des Lebens ihn nicht kennt und nicht zu erwarten steht, daß der Ausdruck sich einbürgern werde. Die sonst dafür noch etwa verwendbaren Ausdrücke, wie Klasse, Ordnung, Sippe, Reihe, Erbreihe, Stammreihe, Abstammungsreihe, sind theils dem Leben ebensowenig geläufig wie Parentel, theils lassen sich gegen ihre Verwendung andere Bedenken erheben, in Ansehung einiger, daß sie noch in anderem Sinne im Entwurfe vorkommen, in Ansehung der anderen, daß sie ohne jeden Vorgang sind.

Die Aufnahme der Worte „unbeschadet des Erbrechtes des Ehegatten" ist nicht erforderlich, weil der § 1971 über die Tragweite des Erbrechtes der Ehegatten keinen Zweifel läßt.

Kinder aus Putativehen, u. s. w.

Der Entwurf beschränkt sich darauf, von den Abkömmlingen zu reden. Im geltenden Rechte finden sich zumeist oder doch vielfach besondere Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge von Abkömmlingen aus einer Putativehe, aus einer nichtigen oder anfechtbaren Ehe, von unehelichen, legitimirten oder adoptirten Kindern. Der Entwurf bedarf solcher Vorschriften nicht und zwar so wenig in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge der ersten Linie als der anderen Linien. In dieser Beziehung genügen die auch für das Erbrecht maßgebenden Vorschriften des vierten Buches, welche eine über den Bereich des Familienrechtes hinausgehende Tragweite haben. So stellen insbesondere die §§ 1562, 1567 den Grundsatz auf, daß ein Kind aus einer in gehöriger Form geschlossenen, aber ungültigen Ehe als ein eheliches Kind anzusehen ist, sofern es bei Voraussetzung der Gültigkeit der Ehe als ein eheliches anzusehen wäre, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt. Darin liegt von selbst, daß von den durch eine solche Abstammung mit einander verbundenen Personen das Gleiche gilt, wie von Verwandten, daß also auch ein gesetzliches Erbrecht unter denselben besteht. Diese Schlußfolgerung besonders auszusprechen, ist nicht nöthig und deshalb nicht rathsam, weil in anderer Hinsicht der allgemeine Grundsatz bereits mehrfach für genügend erachtet worden ist (vergl. z. B. zu den §§ 1466, 1568, 1583, 1601,

Motive zum Familienrechte S. 647, 857, 934, 956). In Ansehung der gesetzlichen Erbfolge der Kinder aus einer Putativehe genügen die Vorschriften der §§ 1564, 1566 Abs. 2. Im Falle des § 1564 wird, auch ohne eine besondere Anleitung, nicht verkannt werden, daß nur der Vater, nicht auch der Großvater, aus dem Kreise der Erbberechtigten ausscheidet.

Uneheliche Kinder;

Was die Verwandtschaft durch uneheliche Geburt angeht, so ist der § 1568 in Verbindung mit dem § 30 Abs. 3 ausreichend. Das geltende Recht weicht in dieser Hinsicht noch vielfach ab (vergl. Stobbe § 295).

Erbrecht gegenüber a) dem Erzeuger;

Mehrere Rechte, so das gemeine Recht nach einer verbreiteten Praxis[1]), das preuß. A. L. R. II, 2 § 652, das bayr. L. R. III, 12 § 2 Nr. 11, das württemb. Recht (Stein § 17), u. A., geben den unehelichen Kindern wenigstens ein außerordentliches Erbrecht gegenüber dem Erzeuger, zum Theil auch umgekehrt dem letzteren gegen das Kind. Mit dem sächs. G. B., dem österr. G. B., u. A. hat der Entwurf ein solches Erbrecht nicht anerkannt. Nach den §§ 1571 ff. ruft die uneheliche Erzeugung eine familienrechtliche Beziehung zwischen dem Erzeuger und dem Kinde nicht hervor. Es fehlt danach an den Erfordernissen eines Erbrechtes. Ein solches Erbrecht würde auch nicht gewährt werden können, ohne daß besondere Vorschriften angeschlossen würden, nicht nur in Ansehung des Umfanges desselben, sondern auch in Ansehung der Ausgleichung, des Einrückens der Abkömmlinge, u. s. w.

b) der Mutter und deren Verwandten.

In Ansehung des Erbrechtes der unehelichen Kinder gegenüber der Mutter und deren Verwandten finden sich im geltenden Rechte noch einige Modifikationen. So gewährt z. B. das preuß. A. L. R. II, 2 § 657 ehelichen Abkömmlingen neben den unehelichen Kindern oder deren Abkömmlingen einen Voraus. Mommsen hat nicht allein diese Vorschriften übernommen (§ 27 Abs. 2, dessen Mot. S. 153), sondern auch den unehelichen Kindern im Verhältnisse zu den Voreltern das Pflichttheilsrecht versagt (§ 470 Abs. 2 daselbst). Da der Grundsatz „paterna paternis, materna maternis" nicht aufgenommen ist, kann ein Voraus, bestehend in demjenigen, was die Mutter von dem Vater der ehelichen Kinder oder von des Vaters Vorfahren erhalten hat, nicht in Frage kommen. Die Versagung des Pflichttheilsrechtes würde eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 30 enthalten, zu welcher es an zwingenden Gründen fehlt. Die Rücksicht auf die Anschauungen gewisser Stände kann nicht maßgebend sein.

Legitimirte ꝛc.

In Ansehung der legitimirten Kinder genügen die §§ 1579, 1582, 1583, 1596, in Ansehung der durch Annahme an Kindesstatt begründeten Verwandtschaft die §§ 1601, 1620, 1625, 1628.

Die nähere Regelung der Erbfolge der Abkömmlinge enthalten der zweite bis vierte Absatz.

Durch die Entscheidung, daß ein entfernterer Abkömmling durch einen zur Zeit des Erbfalles noch lebenden näheren Abkömmling von der Erbfolge

---

[1]) Stobbe § 295 Anm. 21; vergl. Nov. 89 c. 12 und Nov. 18 c. 5; Windscheid § 574 Anm. 12 ff.; Roth § 350 Anm. 25 ff.; u. A.

ausgeschlossen wird, sofern er durch diesen mit dem Erblasser verwandt ist (Abs. 2), wird der erste Absatz, nach dessen Wortlaute alle Abkömmlinge erben, beschränkt. Die Fassung deckt die verschiedenen möglichen Fälle. Der Enkel wird ausgeschlossen durch seinen noch lebenden Elterntheil, durch welchen er mit dem Erblasser verwandt ist, ebenso der Urenkel, dessen Elterntheil, durch welchen er mit dem Erblasser verwandt ist, noch lebt, gleichviel, ob das die Verwandtschaft vermittelnde Kind des Erblassers noch lebt oder gestorben ist.

Gleichtheilung.

Die Gleichtheilung nach Köpfen bestimmt der dritte Absatz; es wird also ausgegangen von dem Grundsatze der Gleichberechtigung der Erben. Der Mannesstamm ist nicht bevorzugt, wie in manchen älteren Rechten[1]), aber auch die Negative nicht besonders ausgesprochen, wie in einigen Rechten geschehen ist[2]). Der von einzelnen Rechten dem Mannesstamme oder Frauen gewährte Voraus, für Männer zumeist schon beschränkt auf ein bevorzugtes Erwerbsrecht in Ansehung von Grundstücken oder gewissen Gegenständen, auch Gerade oder Niftel für Frauen oder Töchter[3]), bleibt durch Nichterwähnung unberücksichtigt.

Erbfolge nach Stämmen.

Die Erbfolge nach Stämmen (Abs. 4) wird um so leichter verständlich sein, als der Inhalt der Vorschrift nahe liegt und wohl überall geltendes Recht ist[4]).

Lehen und Fideikommisse.

Daß noch eine besondere Erbfolge in Lehen und Fideikommisse stattfinden kann[5]), wird als selbstverständlich nicht ausgesprochen. Das Einführungsgesetz wird die Vorbehalte wegen des Lehensrechtes, der Familienfideikommisse, sowie des bäuerlichen Erbrechtes enthalten. Diese besondere Erbfolge betrifft nicht den Nachlaß, sondern nur gewisse in demselben befindliche Gegenstände.

Die Ablehnung des Grundsatzes des älteren deutschen Rechtes „paterna paternis, materna maternis“[6]) wird gleichfalls in einigen Rechten besonders ausgesprochen; auch dies erscheint entbehrlich.

Voraus.

Unerwähnt bleibt endlich der Voraus für unerzogene Kinder, deren Erbtheil nicht einmal zu ihrer Erziehung hinreicht[7]), obschon der Gedanke noch im preuß. Entw. v. 1835 II, 2 §§ 25—29 (Mot. S. 239) Anerkennung gefunden hat.

---

[1]) Stobbe § 290 IV; Roth § 352 Anm. 26; Mommsen, Mot. S. 157.

[2]) Bayr. L. R. III, 12 § 2 Nr. 2, 5; bamb. L. R. S. 89 § 1; sondersh. Sukz. O. § 10; österr. G. B. § 732; code civil Art. 745; Mommsen § 29 Abs. 1.

[3]) Preuß. A. L. R. II, 1 § 539; Stobbe § 290 Anm. 36, 39, § 293; Roth § 352 Anm. 27; bayr. L. R. III, 1 § 14 Nr. 13; Paulsen §§ 191, 193, 194; Esmarch §§ 38, 43, 48; Mommsen, Mot. S. 157.

[4]) Stobbe § 290 I Nr. 3, 4.

[5]) Preuß. A. L. R. II, 1 § 501; sächs. G. B. §§ 2527—2541; u. A.

[6]) Beseler § 133 III; Stobbe § 291 Anm. 4—6; saarbr. L. R. Kap. 1 Art. 2 Nr. 1; u. A. Die Negative wird ausgesprochen im preuß. A. L. R. II, 2 § 499 (für Aszendenten und Seitenverwandte), im code civil Art. 732, im hess. Entw. Art. 10 und von Mommsen § 30 Satz 1, aber auch in den thüring. Erbgesetzen.

[7]) Württemb. L. R. IV, 16 § 3, Stein § 19.

§ 1966.

2. Zweite Linie.

Als diejenigen, welche in der zweiten Linie zur Erbfolge berufen sind, werden bezeichnet (Abs. 1) die Eltern sowie die gemeinschaftlichen und einseitigen Abkömmlinge derselben. Daß die zur ersten Linie gehörenden Abkömmlinge des Erblassers, welche der Wortlaut der Vorschrift mitumfaßt, nicht in Betracht kommen, ergiebt der Zusammenhang; auch weisen die Worte „nach der ersten Linie" darauf hin. Eine weitere Verdeutlichung enthält der § 1970. Die bezeichneten Worte, welche sich entsprechend in den §§ 1968, 1969 wiederholen, lassen ferner erkennen, daß eine successio ordinis eintritt. Nicht erforderlich ist es hiernach, den Satz besonders auszusprechen, daß ein Verwandter der nachfolgenden Linie nicht zur Erbfolge gelangt, solange ein zur Erbfolge berechtigter Verwandter einer vorhergehenden Linie vorhanden ist.

Eine nähere Erläuterung wird dahin beigefügt (Abs. 2—4), daß, wenn beide Eltern leben, diese allein und zu gleichen Antheilen erben, daß an die Stelle des den Erblasser nicht überlebenden Elterntheiles dessen Abkömmlinge nach Maßgabe der Vorschriften über die Beerbung in der ersten Linie treten, und daß, wenn Abkömmlinge eines den Erblasser nicht überlebenden Elterntheiles nicht vorhanden sind, der andere Elterntheil der alleinige Erbe ist. Die letztbezeichnete Vorschrift vervollständigt nur das gegebene Bild der gesetzlichen Erbfolge in der zweiten Linie; sie gewährt aber zugleich den Vortheil, daß damit die Verwerfung des Satzes „paterna paternis, materna maternis" mit allen Ausflüssen desselben mittelbar einen Ausdruck findet. In Ansehung des Falles, daß ein Elterntheil mit Hinterlassung von Abkömmlingen vor dem Erblasser gestorben ist (Abs. 3), schließt sich die Regelung eng an den § 1965 an. Von einer Verweisung auf diese Vorschrift ist jedoch abgesehen, obschon dieselbe nicht nur den Vorzug der Kürze hätte, sondern auch zugleich zum klaren Ausdrucke bringen würde, daß die Beerbung in der ersten und zweiten Linie den gleichen Regeln untersteht, mit Rücksicht auf die praktische Wichtigkeit der Vorschrift sowie darauf, daß die Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge vorzugsweise dazu bestimmt sind, in das Volksbewußtsein überzugehen. Die Anwendung ist deshalb ausführlicher ausgesprochen, die Folgen der Grundsätze sind unmittelbar zum Ausdrucke gebracht. Nur in Ansehung der Art, wie die entfernteren Abkömmlinge an die Stelle des vorverstorbenen Elterntheiles treten, ist auf die Vorschriften über die Beerbung in der ersten Linie zurückverwiesen.

In Betracht kommt auch hier der § 1972.

Eines besonderen Ausdruckes bedarf es nicht, wie geerbt wird, wenn beide Eltern vorverstorben oder sonst nicht Erben sind; auch in dieser Richtung giebt der dritte Absatz das Erforderliche an die Hand. Insbesondere kann nicht ausgesprochen werden, daß, wenn bei dem Wegfalle beider Eltern vollbürtige Geschwister oder deren Abkömmlinge mit halbbürtigen Geschwistern oder deren Abkömmlingen zusammentreffen, jeder vollbürtige Geschwistertheil oder dessen Stamm für zwei Personen zu rechnen ist und einen doppelten Erbtheil erhält. Allerdings fällt in dem bezeichneten Falle die eine Hälfte dem Stamme des Vaters, die andere Hälfte dem Stamme der Mutter zu; es wird nicht ver-

kannt werden, daß vollbürtige Geschwister sowohl dem Stamme des Vaters als dem der Mutter angehören, also nach beiden Richtungen erben, während halbbürtige Geschwister nur in Ansehung des Stammes des gemeinsamen Elterntheiles berechtigt sind. Eine Vorschrift, wie sie vorstehend angegeben, würde übrigens nach ihrer Wortfassung unter Umständen zu einem unrichtigen Ergebnisse führen. Eine Verdeutlichung ist gegenüber dem § 1967 nicht erforderlich. Anderenfalls würde eine Verdeutlichung auch für die erste Linie erforderlich sein. Denn auch in dieser Linie kann der Fall vorkommen, so wenn sich Vetter und Base geheirathet haben, der eine Ehegatte aber schon Kinder aus einer früheren Ehe gehabt hat, Vetter und Base selbst aber sowie deren Eltern schon vor dem großelterlichen Erblasser gestorben sind.

Prüfung des Ergebnisses.

Nachzutragen ist hier die S. 356 vorbehaltene Prüfung, daß die Lösung des Parentelsystemes für diese Linie zu befriedigenderen Ergebnissen führt, als die von anderen Rechten versuchten Lösungen. Gegen das unbedingte Schoßfallsrecht spricht, wie S. 356 erwähnt, daß das Vermögen in ganz andere Kreise, als an die nächsten Blutsverwandten, gelangen kann, wenn es auf die Großeltern oder noch weiter zurückgeht. Daß die Geschwister durch die noch lebenden Eltern ausgeschlossen werden, erscheint nur natürlich, wenn berücksichtigt wird, daß das Vermögen nicht selten von den Eltern herstammt und so zu denjenigen zurückgelangt, von welchen es dem Erblasser zugekommen ist. Mit dem preuß. A. L. R., dem sächs. G. B. und anderen Rechten zu bestimmen, der noch lebende eine Elterntheil solle die Geschwister ausschließen, führt in vielen Fällen zu Härten und Unbilligkeiten. Abgesehen davon, daß es an inneren Gründen fehlt, weshalb der überlebende Elterntheil von dem Wegfalle des anderen Elterntheiles Vortheil haben soll, läßt sich dagegen erinnern, daß damit diejenigen halbbürtigen Geschwister völlig ausgeschlossen werden, welche nur durch den verstorbenen Elterntheil mit dem Erblasser verwandt sind. Sollen die Geschwister neben den Eltern zur Erbfolge gelangen (code civil, hess. Entw.), so ist dagegen einzuwenden, daß es ungerechtfertigt erscheint, das Vermögen nicht an diejenigen zurückgelangen zu lassen, von welchen es zumeist gekommen ist. Sollen die Geschwister neben allen Aszendenten zur Erbfolge gelangen, ohne Rücksicht auf Gradesnähe der Aszendenten (gemeines Recht, bayr. L. R., württemb. Recht u. A.), so muß es als ein auffallendes Ergebniß bezeichnet werden, daß die Erbtheile der Geschwister sich unter Umständen verringern, falls sie mit entfernteren Voreltern theilen (wenn z. B. vier Großeltern leben). Zudem gelangt auch dann ein mehr oder minder erheblicher Theil an entferntere Verwandte durch die Aszendenten hindurch. Sollte der Gedanke durchgeführt werden, daß das Vermögen an jüngere Generationen fällt, so ließe sich dies noch dadurch erreichen, daß den Eltern und Voreltern nur ein Nießbrauchsrecht gewährt würde. Allein kein geltendes Recht in Deutschland normirt so. Auch ist dagegen zu erinnern, daß eine längere Bindung des ganzen Vermögens, wie sie alsdann eintreten könnte, aus nationalökonomischen Gründen nicht angemessen wäre, und daß die immerhin verwickelten und schwierigen Rechtsverhältnisse zwischen Nießbraucher und Eigenthümer, welche erfahrungsmäßig nur zu häufig zu Streitigkeiten Anlaß geben, nicht ohne zwingende Gründe durch das Gesetz selbst zu begründen sind.

Hiernach dürften die Ergebnisse des Parentelsystems immerhin als die relativ besten anzusehen sein.

§ 1967.

Gemeinsame Vorschrift für die erste und zweite Linie.

Daß in der ersten und zweiten Linie derjenige, welcher verschiedenen Stämmen angehört, den in jedem dieser Stämme auf ihn fallenden Antheil erhält (Satz 1), ist, streng genommen, nur eine Folge der §§ 1965, 1966. Die Aufnahme der Vorschrift ist indessen rathsam, um Zweifel auszuschließen[1]).

Die Fassung „auf ihn fallenden Antheil" rechtfertigt sich aus dem Zusammenhange der Vorschrift mit den §§ 1965, 1966.

Dem Sinne nach findet sich eine entsprechende Vorschrift in der großen Mehrzahl der geltenden Rechte. Nur der hess. Entwurf schweigt und das hamb. Recht hat die gegentheilige Entscheidung[2]).

Jeder Antheil gilt als besonderer Erbtheil.

Die Vorschrift des zweiten Satzes, daß jeder Antheil als besonderer Erbtheil gilt, ist aufgenommen mit Rücksicht auf die Vorschriften des § 2037. Es besteht kein Anlaß, zu verhindern, daß der eine Erbtheil angenommen, der andere hingegen ausgeschlagen wird. Hierüber möchten sich aber in Ermangelung einer solchen Vorschrift gegenüber dem § 2037 Zweifel erheben.

An Kindesstatt angenommener Verwandter.

Für den Fall, daß ein zugleich leiblicher Verwandter an Kindesstatt angenommen ist, giebt das sächs. G. B. § 2032 dem Angenommenen ein Wahlrecht, ob er als Verwandter oder auf Grund der Annahme an Kindesstatt erben will, ebenso Mommsen § 35 Abs. 2[3]). Würde eine derartige Vorschrift aufgenommen, so wäre wohl auch für den Fall vorzusehen, daß bei dem Zusammentreffen leiblicher Verwandtschaft und eines die rechtliche Stellung der Verwandtschaft begründenden Verhältnisses sowie im Falle des Zusammentreffens mehrerer Verhältnisse der letztgedachten Art dieselbe Person in verschiedenen Graden erbfolgeberechtigt ist. Daß in Folge des Zusammentreffens mehrerer derartiger Verhältnisse eine Person in verschiedenen Graden erbfolgeberechtigt sein kann, ergeben folgende Beispiele: Eine Mutter nimmt das Kind ihrer unehelichen Tochter an Kindesstatt an; dann ist das angenomme Kind auf Grund der Annahme an Kindesstatt als Kind, vermöge der leiblichen Verwandtschaft als Enkel erbfolgeberechtigt. Ein Mann nimmt das Kind seiner unehelichen Tochter an Kindesstatt an, später wird das uneheliche Kind durch nachfolgende Ehe des Annehmenden mit der Großmutter des Angenommenen legitimirt. Auch in dem letzteren Falle ist das angenommene Kind auf Grund der Annahme an Kindesstatt und zugleich als Enkel erbfolgeberechtigt. Der Entwurf enthält sich indessen der Regelung dieser Fälle. Entsteht durch die Annahme an Kindesstatt keine mehrfache Verwandtschaft, wie dies z. B. dann sich ergiebt, wenn die Mutter ihr uneheliches Kind an Kindesstatt annimmt, so sind nur verschiedene Rechtsgründe für eine und dieselbe Ver-

[1]) Vergl. sächs. G. B. § 2032; Mommsen § 35 Abs. 1.
[2]) Baumeister § 100 Anm. 14.
[3]) Vergl. auch Brinz § 383 Anm. 29.

wandtschaft gegeben. In einem solchen Falle kann ein Wahlrecht nicht in Frage kommen oder ist wenigstens gegenstandslos. Werden aber die Beispielfälle in Betracht gezogen, so kann nicht für angemessen erachtet werden, in derartigen Fällen nur ein Wahlrecht einzuräumen. Hauptzweck der Annahme an Kindesstatt ist in der Regel, dem Angenommenen ein Erbfolgerecht gegenüber dem Annehmenden zu gewähren. Ist der Angenommene zugleich leiblich verwandt, so ist nicht abzusehen, weshalb ihm nicht eine mehrfache Erbfolgeberechtigung zustehen soll. Dies Ergebniß folgt aus dem § 1967 in Verbindung mit dem § 1601 Abs. 1 und dem § 1625. Sollte das Ergebniß in Zweifel gezogen werden können, so würde es immerhin nicht angemessen sein, für so überaus seltene und eigenartige Fälle eine besondere Vorschrift aufzunehmen.

§ 1968.

3. Dritte Linie. Erbfolgeberechtigte. Abweichung von dem Parentelsysteme.

Entsprechend den §§ 1965, 1966, werden als in der dritten Linie erbfolgeberechtigt bezeichnet (Abs. 1) die Großeltern sowie die gemeinschaftlichen und einseitigen Abkömmlinge derselben. In dem zweiten und dritten Absatze weicht der Entwurf von dem Parentelsysteme ab. Die zur Zeit des Erbfalles noch lebenden Großelterntheile erben allein und zu gleichen Theilen, ohne Unterschied, ob sie zur Vaterseite oder Mutterseite gehören; ist nur ein Großelterntheil noch am Leben, so ist er der alleinige Erbe. In Ermangelung aller Großelterntheile erbt von den Abkömmlingen der Großeltern derjenige, welcher mit dem Erblasser dem Grade nach am nächsten verwandt ist; mehrere dem Grade nach gleich nahe Verwandte erben zu gleichen Antheilen. Daß auch hier eine ausschlagende, vertragsmäßig verzichtende, für unwürdig erklärte oder durch letztwillige Verfügung (mit Grund) ausgeschlossene Person als vor dem Erbfalle gestorben anzusehen ist, ergiebt der § 1972. Es findet also nicht eine successio gradus oder ein Eintreten der Abkömmlinge statt; Erbe wird, wer nach dem Ausscheidenden mit dem Erblasser am nächsten verwandt ist. Der § 1967 kommt für die dritte Linie nicht zur Anwendung; dies ergiebt dessen Stellung und Fassung.

Für die dritte Linie bleibt von dem Parentelsysteme nur übrig, daß nicht unbeschränkt der dem Grade nach nächste Verwandte erbfolgeberechtigt ist, sondern zunächst die Großelterntheile erben und nach diesen derjenige dem Grade nach nächste Verwandte erbt, welcher durch einen dieser Großelterntheile mit dem Erblasser verwandt ist.

Gründe der Abweichung.

Bei dem Parentelsysteme in reiner Durchführung tritt bereits in der dritten Linie eine ungemeine Zersplitterung des Vermögens ein oder kann doch eintreten, wenn für jeden der vier Großelterntheile, welcher nicht mehr am Leben ist, die Abkömmlinge ohne Beschränkung einrücken. Erfahrungsmäßig ist die Beerbung durch vier überlebende Großelterntheile eine sehr seltene. Es wird nicht zu den Ausnahmefällen zu rechnen sein, daß von den Großelterntheilen nur einer oder keiner den Erblasser überlebt. Treten nun an Stelle eines jeden Großelterntheiles nach dem Tode der vielleicht zahlreichen Kinder die etwa vorhandenen zahlreichen Enkelkinder ein, so kann der vierte Theil leicht

in einem Stamme in ganz kleine Bruchtheile zersplittert werden, so daß ein Miterbe z. B. $^1/_{64}$ von einem Viertel, also $^1/_{256}$ erhält. Dazu kommt, daß möglicherweise eine übergroße Zahl von Miterben betheiligt ist. Unbeachtet darf nicht bleiben, daß (insbesondere in großen Städten) schon in der großelterlichen Linie das Bewußtsein der Familienzusammengehörigkeit meist sehr in den Hintergrund tritt. Die Verwickelungen und Schwierigkeiten wachsen, wenn Großelterntheile oder deren vorverstorbene Kinder mehrfach verheirathet waren und noch lebende Enkel oder Kinder aus den verschiedenen Ehen hinterlassen haben, wenn zwischen den Abkömmlingen durch Heirathen mehrfache Verwandtschaft entstanden ist, wenn diese verschiedenen Abkömmlinge sich weit zerstreut haben und einzelne derselben vielleicht in ferne Länder verzogen sind. Unter diesen Umständen verdient es den Vorzug — unter Festhaltung des Grundprinzipes — so, wie im Entwurfe geschehen, zu regeln. Verkannt ist nicht, daß sich Härten ergeben können. Als Beispiele seien in dieser Richtung nur folgende erwähnt: Der noch lebende Großelterntheil von mütterlicher Seite, welcher allein von den Großeltern lebt, erbt allein und schließt den Vaterbruder aus, während vielleicht dieser allein mit dem Erblasser in näherem Verkehre sich befand und auch das Vermögen des Erblassers vorzugsweise oder ausschließlich von der Vaterseite herstammt und nunmehr in ganz andere Familien gelangt. Ferner: Von den Geschwistern eines Elterntheiles ist nur ein einziger noch am Leben, dieser erbt nach dem Tode aller Großeltern allein und schließt die Abkömmlinge seiner Geschwister aus, während es gerade diese Vettern und Basen sind, denen der Erblasser im Leben nahe stand und denen das Vermögen in ganz anderer Weise zu statten gekommen wäre, als dem reichen Onkel, welcher kinderlos ist. Allein diese Folgen müssen hingenommen werden und die Abhülfe muß in der Testirfreiheit gesucht werden. Freilich versagt dieses Mittel, wenn der Erblasser das Alter der Testirbefugniß nicht erreicht hat. Der Entwurf ist jedoch nicht in der Lage, eine für alle Fälle befriedigende Erbfolge aufzustellen. Insbesondere kann nicht behauptet werden, daß andere Systeme zu einer befriedigenderen Lösung gelangten. Das sächs. G. B. benachtheiligt die Seitenlinie noch ganz anders; das gemeine Recht beschränkt die Erbfolge willkürlich in der dritten Klasse auf Kinder der halbbürtigen Geschwister und läßt in der vierten Klasse dem Zufalle in weit höherem Maße Spielraum. Gegen das preuß. A. L. R. läßt sich in Ansehung der fünften Klasse derselbe Einwand erheben und in Ansehung der vierten Klasse, in welcher alle Aszendenten und die Halbgeschwister sowie deren Abkömmlinge zusammen erben, ergiebt sich der Vorwurf der Prinziplosigkeit. Der code civil begünstigt in der dritten Klasse alle Aszendenten vor den Seitenverwandten ohne zureichenden Grund und trennt die väterliche und mütterliche Linie.

Hiernach dürften die Gründe für die Regelung des Entwurfes überwiegen, zumal, wenn in Betracht gezogen wird, daß verhältnißmäßig selten bei einem großen Nachlasse die gesetzliche Erbfolge zur Anwendung gelangt, wenn es an Verwandten der ersten und zweiten Linie fehlt, und daß bei dem Wegfalle eines Pflichttheilsanspruches in solchen Fällen (vergl. § 1795) kein Verwandter der dritten Linie auf die Erbschaft zu rechnen befugt war.

§ 1969.

4. Vierte Linie ꝛc.

Im Interesse der Uebersichtlichkeit des Gesetzes wird, getrennt von dem § 1968, bestimmt, wer nach der dritten, nach der vierten Linie u. s. w. zur Erbfolge berufen ist, nämlich die Urgroßeltern sowie die gemeinschaftlichen und einseitigen Abkömmlinge derselben, die weiteren Voreltern sowie deren gemeinschaftliche und einseitige Abkömmlinge, unter Vorrang der näheren Voreltern und deren Abkömmlinge vor den entfernteren Voreltern und deren Abkömmlingen (Abs. 1). In Ansehung jeder dieser Linien sollen die Vorschriften des § 1968 Abs. 2, 3 entsprechende Anwendung finden (Abs. 2).

Aeußere Grenze.

Das Erbfolgerecht wird also nicht mit einer äußeren Grenze abgeschnitten[1]), während das österr. G. B. § 751 mit der sechsten Parentel abschließt, ebenso Mommsen § 31, das zür. G. B. und einige andere schweiz. Gesetzbücher das Erbfolgerecht mit der vierten Parentel endigen lassen. Eine äußere Grenze ziehen nicht das gemeine Recht, das preuß. A. L. R., das sächs. G. B. und das bayr. L. R., sowie die meisten neueren Rechte und Entwürfe. Das württemb. L. R. IV, 23 und einige ältere Rechte beschränkten Geltungsgebietes lassen das Erbfolgerecht mit dem zehnten Grade der Verwandtschaft endigen, der code civil Art. 755 mit dem zwölften Grade, das schwarzb.-rudolst. Recht sogar schon mit dem siebenten Grade.

Möglich wäre es, das Erbrecht dahin zu begrenzen, daß, wenn nur Verwandte vorhanden sind, welche keiner der vier ersten Linien angehören, nur den Voreltern noch, nicht auch deren Abkömmlingen, ein gesetzliches Erbfolgerecht eingeräumt würde. Dafür spricht, daß, von den bezeichneten Voreltern abgesehen, erfahrungsmäßig über die vierte Linie hinaus sehr selten ein Bewußtsein der Familienzusammengehörigkeit besteht. Entscheidendes Gewicht kann indessen hierauf nicht gelegt werden, da es bei der Verwandtenerbfolge nicht darauf, sondern auf die unmittelbare oder mittelbare Blutsverbindung ankommt. In manchen Familien, namentlich in solchen mit gebundenem Grundbesitze, erhält sich übrigens das Bewußtsein der Familienzugehörigkeit sehr weit und selbst über die vierte Linie hinaus. Eine derartige Begrenzung des Erbfolgerechtes würde vielleicht den Vortheil gewähren, daß damit dem Jagen nach Erbschaften, welche sich doch zumeist als Trugbild erweisen, Einhalt gethan und die damit verbundenen Uebelstände beseitigt würden. Allein, selbst wenn das Ergebniß sich wirklich auf diesem Wege erreichen lassen sollte, so würde damit noch nicht eine derartige Beschränkung sich rechtfertigen lassen. Entscheidend kann nur sein, was sachlich angemessen und materiell gerechtfertigt ist. Mit dem angenommenen Systeme würde sich die Begrenzung ungleich schwerer vereinigen lassen, als mit der Beerbung nach Gradesnähe, und das Abschneiden mit der vierten, fünften oder sechsten Linie würde völlig willkürlich sein. Hieraus erklärt sich, daß das österr. G. B. und Mommsen die Grenze anders wie das zür. G. B. setzen.

Sozialpolitische Gründe.

Ob aus sozialpolitischen Gründen die Verwandtenerbfolge zu Gunsten des weiteren Verbandes der Gemeinde oder des Staates als Berechtigter zu

---

[1]) Vergl. Stobbe § 287.

beschränken sei, ist eine Frage, welche zur Zeit noch nicht für spruchreif erachtet werden kann, obschon dieselbe in neuerer Zeit vielfach und von verschiedenen Standpunkten aus beleuchtet und erörtert worden ist (vergl. aus neuerer Zeit Brater, die Reform des Erbrechtes, 1848; Brinz im Allg. Staatswörterbuche Bd. 3 S. 403 ff., insbesondere S. 412; Marlo, System der Weltökonomie Bd. 2 S. 851 ff.; Roscher, Nationalökonomie 1877 §§ 85 ff., S. 175 ff.; Schäffle, das System der menschlichen Wirthschaft, 3. A., Bd. 2 S. 525; Umpfenbach, des Volkes Erbe 1874; Baron, Angriffe auf das Erbrecht 1877; Scheel Erbschaftssteuern; u. A.).

Der Entwurf folgt dem in Deutschland überwiegend geltenden Rechte, wenn er jede Begrenzung unterläßt. Hierfür spricht schon der Umstand, daß, wenn den sich zeigenden Bestrebungen Rechnung zu tragen ist, die Einengung der Verwandtenerbfolge allein nicht genügen würde, vielmehr auch die Testirfreiheit beschränkt werden müßte.

Beerbung der die Verwandtschaft vermittelnden Person.

Daß ein Verwandter auch dann zur Erbfolge gelangt, wenn er nicht Erbe der Person geworden ist, durch welche er mit dem Erblasser verwandt ist, bedarf eines besonderen Ausdruckes nicht. Eine Vorschrift dieses Inhaltes würde sich vorzugsweise gegen eine veraltete Ansicht richten[1]).

Der Entwurf ist aus sich und nicht nach Maßgabe früher geltender Rechte zu verstehen.

§ 1970.

Gemeinsame Vorschrift für alle Linien.

Durch die Vorschrift, daß ein Verwandter der nachfolgenden Linie nicht zur Erbfolge berufen ist, solange ein Verwandter einer vorhergehenden Linie vorhanden ist, wird das Wort „zunächst" im § 1965 Abs. 1 und der Eingang der §§ 1966, 1968, 1969 „nach der .... Linie" verdeutlicht. Dadurch wird entbehrlich, in diesen Vorschriften hervorzuheben, daß nur diejenigen Personen gemeint sind, welche nicht schon in einer vorhergehenden Linie als zur Erbfolge berufen bezeichnet sind. Zudem gelangt der Grundsatz der successio ordinis zum Ausdrucke.

§ 1971.

III. Ehegattenerbfolge.

Die gesetzliche Erbfolge des überlebenden Ehegatten ist im geltenden Rechte überaus verschieden geregelt (vergl. insbesondere Stobbe §§ 233, 240 bis 242, 247, 294).

Besonderer Güterstand.

In Ansehung der gütergemeinschaftlichen Erbfolge finden sich die erforderlichen Vorschriften in den §§ 1382 ff. Ist für die Ehe durch Vertrag ein anderer Güterstand als allgemeine Gütergemeinschaft bestimmt worden, oder ist

---

[1]) Windscheid § 572 Anm. 4; Mommsen § 34 (dessen Mot. S. 164); Roth § 352 Anm. 8; — aber auch preuß. A. L. R. II, 2 § 353; code civil Art. 744 Abs. 2; sächs. G. B. § 2027; die thüring. Erbgesetze; bayr. L. R. III, 12 § 2 Nr. 4; hess. Entw. Art. 14 Abs. 21.

die besondere gütergemeinschaftliche Erbfolge durch Vertrag ausgeschlossen, so sind besondere Vorschriften nicht erforderlich. Für die vertragsmäßige Trennung der Güter ist dies selbstverständlich. Wegen Auflösung der allgemeinen Gütergemeinschaft, falls die gütergemeinschaftliche Erbfolge ausgeschlossen ist, bestimmen die §§ 1371 ff., wegen Auflösung der Errungenschaftsgemeinschaft bestimmt der § 1429, dessen Vorschriften bei Auflösung der Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft nach dem § 1431 entsprechend anwendbar sind.

Erbrecht, nicht Erbnießbrauch oder gemischtes System.

Der Entwurf gewährt, soweit die Regelung des fünften Buches in Betracht kommt, dem Ehegatten stets ein Erbrecht, nicht aber lebenslängliches Nießbrauchsrecht an den Erbtheilen der Abkömmlinge, belastet mit einer gewissen Ausstattungspflicht, und ebensowenig beides (Erbrecht und Nießbrauchsrecht) neben einander. Für die sog. unbeerbte Ehe, d. h. für den Fall, daß Kinder aus der Ehe nicht vorhanden sind, steht schon das in Deutschland geltende Recht durchweg auf diesem Boden. Anders steht es, wenn auf das geltende Recht gesehen wird, bei der sog. beerbten Ehe.

Für die Entscheidung des Entwurfes soll, unter Verzicht auf eine erschöpfende Darstellung der dafür geltend zu machenden Gründe, Folgendes bemerkt werden. Werden diejenigen Rechte zum Ausgangspunkte genommen, welche auf dem Boden des Güterstandes der sog. Verwaltungsgemeinschaft stehen, so findet sich nur sehr ausnahmsweise die Zuweisung eines Nießbrauches an den überlebenden Ehegatten. Wenn für die Zuweisung eines Nießbrauches geltend gemacht wird, die Nachwirkung der Ehe als der innigen und vollständigen Lebensgemeinschaft der Ehegatten müsse den Zweck erfüllen, dem überlebenden Ehegatten im Wesentlichen dieselbe Stellung zu belassen, welche er während der Ehe gehabt habe, so kann dies in solcher Allgemeinheit nicht anerkannt werden, insbesondere nicht, soweit es sich um die wirthschaftliche Stellung des überlebenden Ehegatten handelt, ganz abgesehen von der wesentlichen Aenderung in der äußerlichen Stellung des Hausstandes, welche in der Regel mit dem Tode des Ehemannes eintritt. Es ist hier von entscheidender Bedeutung, daß der Entwurf eine elterliche Gewalt, nicht lediglich die väterliche Gewalt kennt. Selbst dann, wenn der Ehegatte seine wirthschaftliche Existenz auf das Gesammtvermögen gegründet hat, bleibt, solange die Kinder minderjährig sind, kraft der elterlichen Nutznießung das Verhältniß im Wesentlichen unverändert. Werden aber die Kinder volljährig, so tritt eine allmähliche Abwickelung ein. Dies kann nur für angemessen erachtet werden. Der Natur der Verhältnisse entspricht es, daß der überlebende Elterntheil den Kindern eine freie wirthschaftliche Entwickelung ermöglicht. Mindestens ist darin eine Verletzung der elterlichen Autorität nicht zu finden. Ueberdies würde mit dem Erbnießbrauche der Erfolg eintreten, daß die aufgelöste Ehe zu Gunsten des überlebenden Elterntheiles stärkere Wirkungen äußert als die bestehende Ehe, indem der auf die Minderjährigkeit der Kinder beschränkte elterliche Nießbrauch (§ 1557) unter einem anderen Namen auf die Lebenszeit der Eltern ausgedehnt würde. Es kann nicht darauf verwiesen werden, daß vielfach durch Testament ein derartiger Nießbrauch des überlebenden Elterntheiles eingeführt wird. Testamente mit einem solchen Inhalte sind in gewissen Gegenden häufig, aber sie be-

schränken sich zumeist auf gewisse Berufsklassen, Beamte und mittleren Bürgerstand. Für Gutsbesitzer, Großkaufleute, Fabrikbesitzer und Erblasser in ähnlichen Verhältnissen kommen solche Testamente kaum vor; für diese würden sie nur selten passen, namentlich wenn die Ehefrau der überlebende Theil ist. Im Verhältnisse zur Zahl der Erbfälle sind selbst in den bezeichneten Kreisen derartige Testamente nicht überwiegend üblich.

Im Falle der Aufnahme eines Erbnießbrauches müßte jedenfalls dem überlebenden Ehegatten eine Ausstattungspflicht auferlegt werden. Diese Pflicht angemessen zu regeln, würde sehr schwierig sein.

Hätte der Entwurf diesen Weg im Widerspruche mit der Auffassung, daß eine Bindung des Vermögens durch lebenslänglichen, nicht im Wege eines Rechtsgeschäftes herbeigeführten Nießbrauch von dem Standpunkte der Nationalökonomie aus als verwerflich anzusehen ist, beschritten, so würde ferner die Regelung des Verhältnisses der Nachlaßgläubiger und der Gläubiger des überlebenden Ehegatten kaum zu überwindende Schwierigkeiten bereitet haben. Den Gläubigern würde die Möglichkeit, durch Beschlagnahme des Erbnießbrauches die Abkömmlinge der Mittel zum Unterhalte zu berauben, entzogen werden müssen. In dieser Richtung wären Vorschriften nicht zu entbehren, da es den Kindern an einem dinglichen Rechte auf die Einkünfte fehlen würde. Zudem würde die Umwandlung der elterlichen Nutznießung in den Erbnießbrauch, welcher anderen Grundsätzen untersteht (vergl. §§ 1516 ff. mit §§ 980 ff.) schon deshalb erheblichen Bedenken unterliegen, weil das mit dem Nießbrauche des Elterntheiles belastete Vermögen der Abkömmlinge für die Schulden des Abkömmlinges haftet, diese Haftung aber gegenüber dem mit dem Erbnießbrauche belasteten Vermögen nicht ohne Weiteres fortdauern würde. Von hervorragendem Gewichte ist endlich die Ausführung in der schwarzb. sondersh. Regierungsverordn. v. 25. September 1830 über die Gründe, aus welchen das bisher dort geltende Recht, welches einen solchen Erbnießbrauch kannte, geändert worden ist. Außer diesen Gründen sind schließlich noch Mommsen's Mot. S. 166, 167 zu vergleichen.

Versagung des Erbrechtes.

Ebensowenig würde es sich rechtfertigen lassen, mit einigen geltenden Rechten[1]) dem überlebenden Ehegatten jedes Erbrecht zu versagen. Selbst dann, wenn in der Ehe Trennung der Güter bestand, spricht hiergegen das Wesen des ehelichen Verhältnisses, wie kurze Zeit auch die Ehe gedauert haben mag.

Nur dem dürftigen Ehegatten ein Erbrecht zuzubilligen[2]), würde der Würde und der Bedeutung der Ehe nicht entsprechen, zumal wenn Abkömmlinge aus der Ehe vorhanden sind. Noch weniger kann es gerechtfertigt sein, ausschließlich der Wittwe ein Erbrecht beizulegen; selbst das gemeine Recht giebt nach der herrschenden Ansicht, nachdem das in Nov. 53 c. 6 beiden Ehegatten gewährte Recht in der Nov. 177 c. 5 wieder eingeschränkt ist,

[1]) Stobbe § 294 Anm. 2a, 3; auch nach märk. Provinzialrechte in einem gewissen Sinne; Roth § 355 Anm. 1 ff.

[2]) Windscheid § 574; Roth § 355 Anm. 8 ff.; Stobbe § 294 Anm. 4, 5.

beiden Ehegatten ein Erbrecht, wenn auch nur hinter den sukzessionsberechtigten Verwandten[1]).

Gerade, Niftel, Morgengabe u. s. w.

Ueber die Institute der Gerade und Niftel hat der Entwurf auch bei dem Ehegattenerbrechte besondere Vorschriften nicht aufgenommen (vergl. S. 360); ebenso schweigt er über die Morgengabe, das Witthum (Gegenvermächtniß, Leibgedinge), die Widerlage, den Mußtheil und den Erbschatz sowie das Ehevermächtniß[2]).

Nichtige, angefochtene Ehe.

Für den Fall, daß die Ehe nichtig oder anfechtbar war, bewendet es bei den Vorschriften des Familienrechtes und den Folgen dieser Vorschriften.

Eine Ehe, bei deren Schließung ein wesentlicher Formmangel untergelaufen ist, ist nach den §§ 1250, 1252 ohne Weiteres nichtig. Von einem gegenseitigen Erbrechte der Ehegatten kann daher keine Rede sein. — Ist eine Ehe zwar in gehöriger Form geschlossen, aber nichtig oder anfechtbar, so wird es, wenn die Ehe für ungültig erklärt ist, nach dem § 1252 Abs. 2 und dem § 1260 Abs. 2 so angesehen, als sei die Ehe nicht geschlossen worden. Nach erfolgter Ungültigkeitserklärung kommt also ein Erbrecht nicht in Frage. Das Gleiche gilt nach denselben Vorschriften, wenn eine in gehöriger Form geschlossene, aber ungültige Ehe, ohne daß es zur Ungültigkeitserklärung gekommen ist, aufgelöst wird, und zwar bei der nichtigen Ehe schlechthin, bei der anfechtbaren Ehe dann, wenn die Anfechtung vor der Auflösung erfolgt ist. Nach dem § 1258 ist es in dieser Beziehung unerheblich, ob die Ehegatten oder einer derselben sich in gutem Glauben befunden haben[3]); vergl. Motive zum Familienrechte S. 67.

Ehescheidung

Ebenso sind besondere Vorschriften für den Fall der Ehescheidung nicht aufgenommen. Nach dem § 1452 tritt die Auflösung der Ehe erst mit der Rechtskraft des Scheidungsurtheiles ein. Ein geschiedener Ehegatte ist kein Ehegatte mehr und kann daher auch als solcher nicht mehr erben. Gegen die Auffassung des österr. G. B. § 759, welches erfordert, daß der Ehegatte für den schuldigen Theil erklärt sei, vergl. Mommsen's Mot. S. 170. Jeden Zweifel darüber, ob das Erbrecht schon vor der Rechtskraft des Scheidungsurtheiles entzogen sei[4]), schließt der § 1452 aus; vergl. Motive zum Familienrechte S. 610. Den Verlust des Erbrechtes

[1]) Windscheid § 570 Anm. 2; Roth § 355 Anm. 1 ff.; Brinz § 383; Stobbe § 294 I.

[2]) Vergl. Stobbe § 234, und ferner wegen der Morgengabe preuß. A. L. R. II, 1 § 207; österr. G. B. § 1232; bayr. L. R. I, 6 § 16; wegen des Witthumes preuß. A. L. R. II, 1 §§ 456 ff.; österr. G. B. § 1242; sächs. G. B. § 1705; bayr. L. R. I, 6 § 15 (nur für adelige Wittwen); wegen der Widerlage preuß. A. L. R. II, 1 §§ 456, 459, 461; österr. G. B. §§ 1230, 1231; bayr. L. R. I, 6 § 14; wegen des Erbschatzes preuß. A. L. R. II, 1 §§ 276 - 309; wegen des Ehevermächtnisses preuß. A. L. R. II, 1 §§ 452—455. Vergl. weiter lüneb. Poliz. O. v. 1618 Kap. 24; brem. Ritterrecht Tit. 6 § 3, Tit. 7 § 4, Tit. 8 (Mußtheil).

[3]) Anders z. B. sächs. G. B. §§ 2054, 2055; code civil Art. 201, 202; bayr. L. R. I, 6 § 44; auch der hess. Entw. nach seinen Motiven S. 30, 31.

[4]) Preuß. A. L. R. II, 1 § 827; sächs. G. B. § 2055; Mommsen § 44 Abs. 2.

schon mit Anstellung der Scheidungsklage eintreten zu lassen (vergl. die thüring. Erbgesetze), läßt sich nicht rechtfertigen. Wenn darauf hingewiesen werden möchte (Mommsen, Mot. S. 170), daß der Bruch mit Anstellung der Klage für unheilbar erklärt sei, so erscheint dieser Grund nicht durchgreifend. Die Erfahrung lehrt, daß sehr häufig Scheidungsklagen zurückgenommen werden, sowie daß ein Vergleich, nach welchem von der Ehescheidung abgesehen wird, nicht selten sogar nach stattgehabter Verhandlung geschlossen wird.

Wiederheirath nach einer Todeserklärung.

Endlich kann noch vorkommen, daß nach erfolgter Todeserklärung eines Ehegatten von dem anderen Ehegatten eine neue Ehe geschlossen und damit die frühere Ehe aufgehoben wird (§ 1464). Auch in diesem Falle entfällt selbstverständlich das Erbrecht des Ehegatten mit der Auflösung der Ehe.

Beerbte Ehe.

Im Falle der beerbten Ehe lassen einige Rechte den Ehegatten zur Hälfte, andere zu einem Drittel, wieder andere zu einem Viertel erben[1]). Der nächstliegende Maßstab scheint ein Kindestheil zu sein. Hiergegen spricht, daß der Erbtheil durch die größere Zahl der Kinder gemindert wird; die Fruchtbarkeit der Ehe kann dadurch gefährdet werden. Möglich ist die Feststellung eines Mindestbruchtheiles. So regeln das preuß. A. L. R. II, 1 §§ 623 ff., das österr. G. B. § 757 und der hess. Entw. Art. 34. Indessen erscheint die Bemessung der Zahl eine willkürliche. Auch sind die Ergebnisse bei Berücksichtigung des Umstandes, daß dieser Ehegatte eigene Kinder schon haben kann, nicht immer angemessene. Es wäre z. B. kaum angemessen, daß, wenn nur ein Kind vorhanden ist, der Ehemann die Hälfte erbt und diese Hälfte zum größeren Theile auf seine einseitigen Kinder vererbt. Deshalb verdient der feste Bruchtheil von einem Viertel (vergl. sächs. G. B. § 2049; Mommsen § 41, dessen Mot. S. 166) den Vorzug.

Von der Ehefrau im Ehebruche erzeugte Kinder.

Mit dem sächs. G. B. § 2051 und Mommsen § 41 Abs. 2 (dessen Mot. S. 167, 168) etwas Besonderes für den Fall zu bestimmen, daß die verstorbene Ehefrau nur Kinder hinterlassen hat, welche sie während der mit dem sie überlebenden Ehemanne bestehenden Ehe im Ehebruche empfangen hat, ist nicht für angemessen erachtet. Dafür läßt sich geltend machen, die Ehefrau dürfe durch eine unerlaubte Handlung den Erbtheil (oder wenigstens den Pflichttheil) des Ehemannes nicht schmälern. Allein hiergegen spricht schon der im Familienrechte für durchgreifend erachtete Grundsatz, ein solches Kind nicht unter dem Vergehen der Mutter leiden zu lassen. Dazu kommt, daß in dem in Rede stehenden Falle eine Rücksichtnahme auf den Ehemann nicht gerechtfertigt erscheint. Führt der Ehemann in diesem Falle die Scheidung nicht herbei, so muß er hinnehmen, daß sein Erbtheil sich mindert. Wird in Betracht gezogen, daß er dazu vielleicht nicht mehr im Stande war, so kann er dennoch nicht für beschwert erachtet werden, da, wenn die Scheidung erfolgt wäre, ihm ein Erbrecht nicht zustehen würde.

Unbeerbte Ehe.

Für den Fall der unbeerbten Ehe ist das geltende Recht sehr verschieden. Einige Rechte lassen den Ehegatten ausschließlich erben, jedoch unter

[1]) Vergl. Zusammenstellungen bei Gerber § 255 Anm. 7; für Bayern Roth § 355 Anm. 31 ff.

verschiedener Begrenzung des Ausschlusses der Verwandten, z. B. wenn erbberechtigte Verwandte bis zum sechsten Grade nicht vorhanden sind (preuß. A. L. R. II, 1 §§ 621, 622), wenn Abkömmlinge, Aszendenten, Geschwister und deren Abkömmlinge nicht vorhanden sind (sächs. G. B. § 2053 und die meisten thüring. Rechte)[1]). Das gemeine Recht, der code civil, das österr. G. B., das bayr. L. R., das württemb. Recht, das märk. Provinzialrecht und andere Rechte schließen die Verwandten niemals völlig aus. Der Entwurf folgt dem in Deutschland überwiegend geltenden Rechte, wenn er sich den ersteren Rechten im Wesentlichen anschließt. Schwierig ist die Entscheidung, an welcher Stelle abzuschneiden ist, und welcher Bruchtheil dem Ehegatten neben Verwandten zuzuweisen ist. Der Entwurf schließt mit der zweiten Parentel ab und zieht aus der dritten Parentel nur die Großeltern noch in Betracht. Er kommt mit dieser Entscheidung dem sächs. G. B. und den ihm sich anschließenden Rechten nahe. Für die Zwischenstufe mit dem preuß. A. L. R. II, 1 §§ 625, 626 noch zu scheiden (ein Drittel bezw. die Hälfte) kann nicht für angemessen erachtet werden. Die einfachere Regelung des sächs. G. B. § 2053 verdient den Vorzug. So bestimmen auch das lübeck. Ges. v. 1862, die oldenb. Gesetze v. 1873 und 1879, das württemb. Recht (Stein § 39). Die Großeltern ganz auszuschließen, würde dem überwiegend geltenden Rechte widersprechen und in nicht seltenen Fällen zu Härten führen. Dagegen besteht kein Anlaß, von der Trennung in der dritten Linie abzusehen, da schon der § 1968 eine Trennung in dieser Linie mit sich bringt. Die Ausdehnung auf die übrigen Verwandten der dritten Linie würde zu weit führen.

Ehegatte, der zugleich Verwandter ist.

Daß der überlebende Ehegatte zugleich auch als Verwandter erbt, wenn er als solcher zur gesetzlichen Erbfolge berechtigt ist (Abs. 2), entspricht dem § 1967. Den Satz auszusprechen[2]), ist rathsam, um Zweifel abzuschneiden. Beigefügt ist auch hier (vergl. § 1967) mit Rücksicht auf den § 2037, daß in einem solchen Falle der dem Ehegatten als solchem und der ihm als einem Verwandten anfallende Erbtheil als besondere Erbtheile gelten (vergl. S. 363).

Voraus des Ehegatten.

Dem überlebenden Ehegatten, welcher neben einem Verwandten der zweiten Linie oder neben einem Großelterntheile zur Erbfolge gelangt, gewährt der Entwurf (Abs. 3) außer dem Erbtheile einen näher bezeichneten Voraus. Ein solcher Voraus findet sich häufiger im geltenden Rechte, so im preuß. A. L. R. II, 1 §§ 628—630, im bayr. L. R. I, 6 §§ 36, 37, im württemb. Rechte (Stein §§ 224—231) und in vielen Rechten beschränkten Geltungsgebietes[3]).

Gegen das Institut kann eingewendet werden (Mommsen, Mot. S. 169), daß es leicht zu Streitigkeiten führen werde. Das Gewicht dieses Grundes, dem noch weitere Gründe angereiht werden könnten, ist nicht zu verkennen; insbesondere ist nicht zu leugnen, daß das Institut an gewissen Unklarheiten

---

[1]) Vergl. Mommsen § 42 Abs. 2; hess. Entw. Art. 35; Roth § 355 Anm. 48.

[2]) Sächs. G. B. § 2056; Mommsen § 45 (dessen Mot. S. 171).

[3]) Vergl. lübeck. Ges. v. 1862 Art. 2 Abs. 2; sondersh. Sukz. O. §§ 119—123; hamb. Recht nach Baumeister § 104; viele ältere Rechte, zum Theil auch im Mecklenburgischen, v. Kamptz § 199 X.

leidet. Allein im Leben gestaltet die Sachlage sich einfacher; es wird nicht so schwierig sein, festzustellen, was zum Voraus gehört, wie es von dem theoretischen Standpunkte aus den Anschein haben kann. Der Entwurf gewährt den Voraus nicht gegenüber Abkömmlingen. Diesen gegenüber würde allerdings die Belastung des Nachlasses durch das feste Viertel und den Voraus zu groß erscheinen. Auch nehmen die Kinder — nicht die übrigen Verwandten — schon bei Lebzeiten des Erblassers an der Benutzung des Voraus Antheil. Solange die Abkömmlinge minderjährig sind, bleibt wenigstens in der Regel der Ehegatte im Besitze des Nachlasses; in anderen Fällen wird, wie die Erfahrung lehrt, der Gegenstand des Voraus dem Ehegatten unentgeltlich oder gegen eine mäßige Taxe zumeist überlassen. Sobald aber andere (entferntere) Verwandte als Abkömmlinge neben dem Ehegatten zur Erbfolge gelangen, kann der Voraus sich als sehr zweckmäßig erweisen, insbesondere in den zahlreichen Fällen, in welchen etwas Weiteres nicht vorhanden oder hinterlassen ist, als ein geringfügiges, aber für den überlebenden Gatten sehr werthvolles Hausinventar. Alsdann fällt jeder Grund zu Streitigkeiten weg. Andererseits wäre es sehr hart, den überlebenden Gatten in solchen Fällen zur Herausgabe selbst vielleicht des einzigen Bettes und der unentbehrlichsten Haushaltungsgegenstände oder zu deren für ihn oft unausführbarem Erwerbe von den Miterben zu nöthigen.

Gegenstand des Voraus.

Als Gegenstand des Voraus wird bezeichnet außer den Hochzeitsgeschenken das zum Nachlasse gehörende Haushaltsinventar, welches die Ehegatten im gewöhnlichen Gebrauche gehabt haben, mit Ausnahme der Gegenstände, welche Zubehör eines Grundstückes sind.

Die Hochzeitsgeschenke mit zu erwähnen, kann entbehrlich erscheinen. Aber gerade darüber bestehen nicht selten Zweifel, ob diese Geschenke als beiden Ehegatten gemacht anzusehen sind. Jedenfalls sollen dieselben der Regel nach beiden Ehegatten zu Statten kommen. Gerechtfertigt ist wohl auch die Annahme, daß es dem Sinne der Geber zumeist mehr entsprechen wird, daß der überlebende Ehegatte die Hochzeitsgeschenke erhält, soweit sie ihm nicht schon an sich gebühren, als daß dieselben zum Theil in die Hände der Verwandten der zweiten Linie oder der Großeltern gelangen. Die ausdrückliche Erwähnung derselben beseitigt den Zweifel, mindestens gegenüber den Miterben, ob die Geschenke beiden Eheleuten gemeinsam oder nur dem einen oder anderen Ehegatten gemacht sind, sowie ob die Geschenke zu dem an sich den Gegenstand des Voraus bildenden Haushaltsinventare gehören oder nicht gehören. Ueber die Bedeutung und Tragweite der Hochzeitsgeschenke ist ein erheblicher Zweifel nur in seltenen Fällen möglich, da der Begriff ein hinreichend greifbarer und dem Sprachgebrauche des Lebens geläufig ist.

Im Uebrigen würde eine feste Begrenzung des Begriffes des Voraus nur dadurch zu erzielen sein, daß alle einzelnen möglicherweise in Betracht kommenden Gegenstände aufgezählt werden. Darauf muß selbstverständlich verzichtet werden. Unter diesen Umständen ist die Umschreibung, welche der Entwurf gewählt hat, den sonst etwa noch in Betracht kommenden vorzuziehen, insbesondere folgenden: „diejenigen beweglichen Sachen, welche der eine oder andere Ehegatte im gewöhnlichen Gebrauche gehabt hat“ oder „diejenigen be-

weglichen Sachen, welche zum persönlichen Gebrauche entweder ausschließlich des überlebenden Ehegatten oder gemeinsam der beiden Ehegatten gedient haben". Das „Zubehör einer Gerechtigkeit" als ausgenommen zu bezeichnen, ist nicht erforderlich, da nur eine Gerechtigkeit der im § 781 Abs. 2 bezeichneten Art in Frage kommen könnte, eine solche Gerechtigkeit aber von dem Entwurfe den Grundstücken gleichgestellt ist.

Bedeutung des Voraus gegenüber den Nachlaßgläubigern.

Der Schlußsatz regelt, indem auf den Voraus die für Vermächtnisse geltenden Grundsätze für entsprechend anwendbar erklärt werden, die Stellung gegenüber den Nachlaßgläubigern. Einen Vorzug dieses Voraus vor anderen Vermächtnissen zu bestimmen[1]), erscheint nicht rathsam. Zwar läßt sich dafür anführen, daß dies dem § 1987 Satz 2 entsprechen würde; denn, wenn nicht einmal die Eltern wegen Verletzung ihres Pflichttheiles eine Abminderung des Voraus zu fordern berechtigt sind, so könnte es angemessen erscheinen, daß die Abminderung auch nicht deshalb beansprucht werden kann, weil die Erbschaft nicht mehr zur Befriedigung der Vermächtnißnehmer ausreicht. Allein nach dem § 1975 Abs. 2 hat der Voraus nicht den Karakter eines Pflichttheiles. Der Erblasser ist daher befugt, den Voraus zu entziehen. Dies geschieht unmittelbar, indem er über die zum Voraus gehörenden Gegenstände verfügt, mittelbar, indem er so viel Vermächtnisse anordnet, daß der Voraus in Mitleidenschaft gezogen wird. Zudem würde eine Vorschrift, welche dem Voraus den Vorzug vor anderen Vermächtnissen einräumt, eine anomale sein und zu eigenartigen Verwickelungen führen. Die Verwickelungen würden sich noch häufen, wenn, wie in Frage kommen kann, dem überlebenden Ehegatten das Recht beigelegt würde, die übrigen Vermächtnißnehmer durch Einspruch an dem Zugriffe auf Gegenstände des Voraus zu hindern. Endlich bleibt zu berücksichtigen, daß in den Fällen, in welchen der Voraus nach dem zuvor Ausgeführten aus praktischen Rücksichten eine besondere Bedeutung hat, äußerst selten Vermächtnisse, welche die Kräfte des übrigen Nachlasses übersteigen, angeordnet werden. Hiernach ist für unbedenklich erachtet, es bei den Folgen zu belassen, welche sich aus der Natur des Voraus als eines gesetzlichen Vermächtnisses ergeben.

Wegfall der Ansprüche und Gegenansprüche der Ehegatten.

Daß im Falle der Annahme des Voraus seitens des überlebenden Ehegatten alle Ansprüche und Gegenansprüche zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben wegfallen, welche sich auf Hochzeitsgeschenke oder die zum Voraus gehörenden Haushaltungsgegenstände beziehen, oder daß der überlebende Ehegatte, wenn er den Voraus nicht ausschlage, die ihm gegen den Erblasser zustehenden Ansprüche, welche sich auf seine im gewöhnlichen häuslichen Gebrauche befindlichen Sachen beziehen, nicht geltend machen könne, ist nicht bestimmt. Die erstere Vorschrift ist kasuistisch und nicht frei von Dunkelheiten. Der Versuch, die Dunkelheiten zu beseitigen, würde die Vorschrift noch verwickelter machen. Die letztere Vorschrift würde schon insofern bedenklich sein, als sie die überlebende Ehefrau ungünstiger stellte, wie den überlebenden Ehemann, da der Ehemann seine Verwendungsansprüche behielte, die Ehefrau

[1]) Preuß. A. L. R. II, 1 § 630.

dagegen ihre Ansprüche wegen mangelhafter Verwaltung des Ehegutes verlöre. Derartige Vorschriften würden jedenfalls gegenüber den Vorschriften des vierten Buches einen regelwidrigen Karakter haben und schon deshalb nicht angemessen sein.

§ 1972.

IV. Allgemeine Grundsätze für die gesetzliche Erbfolge. Anwachsung.

Das geltende Recht spricht zumeist auch bei der gesetzlichen Erbfolge von Anwachsung[1]). Das sächs. G. B. handelt dagegen von der Anwachsung (§§ 2269 bis 2275) unter der Ueberschrift „Anwachsungsrecht unter eingesetzten Miterben“, der hess. Entw. (Art. 134) im Abschnitte „Erbeseinsetzung“, das österr. G. B. (§§ 560—563) im Hauptstücke von „Testamenten“[2]). Auch das preuß. A. L. R. redet von Anwachsung oder vielmehr von dem Rechte des Zuwachses nur in dem Titel von den Testamenten (I, 12 §§ 281 ff.).

Der Entwurf hat keinen Anlaß, in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge ausdrücklich von Anwachsung zu sprechen. Die Vorschriften des § 1972 machen dies entbehrlich.

Tod eines Erben vor dem Erbfalle.

Stirbt einer der mehreren gesetzlichen Erben vor dem Erbfalle, so erledigt sich die Frage nach der Anwachsung gegenüber dem § 1964 Abs. 1 von selbst. Nur die zur Zeit des Erbfalles vorhandenen gesetzlichen Erben sind berufen; sie erben kraft der allgemeinen Rechtsregel und kraft eigenen Rechtes.

Wegfall eines der Erben auf Grund der Ausschlagung u. s. w.

Der zur Zeit des Erbfalles vorhandene gesetzliche Erbe kann aber als Erbe wegfallen, wenn er durch letztwillige Verfügung des Erblassers oder durch Erbverzicht ausgeschlossen ist oder die Erbschaft ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt ist. Für alle diese Fälle wird bestimmt, daß der gesetzliche Erbe in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge als vor dem Erbfalle gestorben anzusehen ist. Die Fälle sind wesentlich verschieden von dem ersterwähnten Falle, welcher durch den § 1964 Abs. 1 getroffen wird. Das geltende Recht beurtheilt auch diese Fälle zum Theil anders. Der Entwurf stellt jedoch diese Fälle unter sich gleich und bestimmt für alle diese Fälle eine successio gradus (echte und unechte) und successio ordinis. Die völlige Gleichstellung bewirkt, daß Abkömmlinge des Wegfallenden, welche erst nach dem Erbfalle empfangen sind, in Gemäßheit des § 1964 von der Erbfolge ausgeschlossen bleiben.

Ausschlagung.

In der ersten Linie kommt vor Allem der Fall in Betracht, daß der Abkömmling, welcher zunächst zur Erbfolge gelangen würde, ausschlägt. Für diesen Fall gelangen im Wesentlichen zu dem gleichen Ergebnisse wie der Entwurf das gemeine Recht, wenn ein suus eintreten soll (für die Fälle, in welchen durch Antretung zu erwerben ist, fehlt es im gemeinen Rechte an Vorschriften, weil alle Deszendenten Notherben

---

[1]) Windscheid § 604 Nr. 2; Brinz § 391 S. 175; Roth § 378 IV; code civil Art. 786 (nur bei der Ausschlagung); für württemb. Recht Stein §§ 123, 125; Mommsen § 240 mit § 33.

[2]) Vergl. jedoch Unger § 38 a. E.

sind)[1]), das preuß. A. L. R. II, 2 § 352[2]), das sächs. G. B. § 2030, 2261, die meisten thüring. Erbgesetze und mehrere Entwürfe[3]). Abweichend läßt das österr. G. B. § 732 die Abkömmlinge durch den ausschlagenden Elterntheil ausgeschlossen werden, ebenso der code civil Art. 786 ff. mit Art. 744[4]) und das goth. Erbges. § 105.

Die Härte, welche darin gefunden werden kann, daß der nach der Ausschlagung empfangene Abkömmling in Gemäßheit des § 1964 ausgeschlossen ist, läßt sich als innerlich gerechtfertigt bezeichnen. Das Wesen des Erbrechtes bedingt (vergl. § 1758), daß der Erbe mit dem Erblasser wenigstens als nasciturus gleichzeitig vorhanden ist. Die Annahme des entgegengesetzten Grundsatzes führt die Folge herbei, daß der Nachlaß oder doch ein Bruchtheil desselben eine Zeit lang ohne einen Erben ist.

Erbverzicht.

Was in Ansehung der Ausschlagung bestimmt ist, wird auch von der Ausschließung durch Erbverzicht gelten müssen (vergl. §§ 2019, 2022, 1393).

Ausschließung durch den Erblasser.

Das Gleiche in Ansehung der Ausschließung von der Erbfolge durch den Erblasser anzunehmen, ist für angemessen erachtet. Die begründete Entziehung des Pflichttheiles beseitigt den Pflichttheilsanspruch (§§ 2000 ff.). Weshalb den Abkömmlingen desjenigen, welchem der Pflichttheil mit Grund entzogen ist, das gesetzliche Erbrecht nicht gewährt werden sollte, ist nicht abzusehen. Ist die Pflichttheilsentziehung nicht gerechtfertigt, so besteht der Pflichttheilsanspruch, dieser giebt jedoch nur ein Forderungsrecht (§§ 1975, 1976); der § 1983 sieht vor, daß nicht dem näheren und dem entfernteren Abkömmlinge zugleich ein Pflichttheilsanspruch zusteht; durch den § 1995 ist gesorgt, daß dadurch den Miterben im Verhältnisse der Erben zu einander eine Beschwerung nicht erwächst. Für den Fall, daß der Pflichttheil einem Abkömmlinge theilweise entzogen ist, bedarf es einer besonderen Vorschrift nicht, insbesondere nicht dahin, daß in Ansehung des entzogenen Theiles die Abkömmlinge des Abkömmlinges an dessen Stelle treten. Die Folgen der theilweisen Pflichttheilsentziehung haben sich selbstverständlich entsprechend zu gestalten wie die Folgen der gänzlichen Entziehung (vergl. §§ 1983, 1989 Abs. 3).

Erbunwürdigkeit.

In Ansehung der Erbunwürdigkeit bestimmen diejenigen Rechte anders, welche und soweit sie die Unwürdigkeit zu Gunsten des Fiskus oder anderer bestimmter Personen wirken lassen[5]). Mit Rücksicht auf die §§ 2045 ff. besteht für den Entwurf kein Anlaß, die Erbunwürdigkeit anders zu behandeln als die Ausschlagung.

---

[1]) Windscheid § 595 Anm. 9; Roth § 363 Anm. 32—34; Schirmer, röm. Erbr. S. 264 ff.

[2]) Vergl. hiergegen Gesetzesrevisor S. 298, 299, Koch, Komment. Anm. 37; gegen diese Gruchot III S. 60; Dernburg § 189 Anm. 9, 13, Eccius § 260 Anm. 5.

[3]) Mommsen § 33; hess. Entw. Art. 14.

[4]) Vergl. Unger § 33 Anm. 2, der deshalb das österr. G. B. tadelt; Zachariae § 613 bei Anm. 15.

[5]) Windscheid §§ 669—672; Roth § 381 Anm. 2; bayr. L. R. III, 1 § 20; für württemb. Recht Stein § 150, dazu aber zum Theil abweichend Wächter, Erörter. zum Ges. von 1839 S. 28 ff., sowie im civ. Arch. 23 S. 51 ff., u. A.

Der Fall, daß ein Abkömmling während der Ueberlegungsfrist gestorben ist, gehört nicht hierher; derselbe ist im § 2028 geordnet.

Wann hiernach der Anfall an den entfernteren Abkömmling erfolgt, ergiebt sich ohne Weiteres.

Nach der Art, wie im § 1966 in Ansehung der zweiten Linie geregelt ist, muß das Gleiche gelten, wenn die zweite Linie zur Erbfolge gelangt. Die Entscheidungsgründe beruhen nicht auf Verhältnissen, welche ausschließlich bei der Erbfolge der ersten Linie in Betracht kommen. Folgerichtig wird daher der allgemeine Grundsatz aufgestellt, in den bezeichneten Fällen habe der Weggefallene als vor dem Erblasser gestorben zu gelten.

Der Entwurf gelangt dadurch zu einer Fiktion[1]). Die Fiktion ist jedoch nur dazu bestimmt, in kurzer Fassung die Regel zum Ausdrucke zu bringen, deren Geltung in den §§ 1995, 2023, 2042 Abs. 2 theils vorausgesetzt theils näher erläutert wird.

§ 1973.

Besonderer Erbtheil.

Eine besondere Vorschrift ist erforderlich, durch welche die im § 1972 enthaltene Fiktion beschränkt wird, um zu verhindern, daß ein gesetzlicher Erbe, dessen Erbtheil sich in Folge des Wegfallens einer anderen Person erhöht, durch Vermächtnisse oder Auflagen, mit welchen der Wegfallende belastet war, überschwert wird oder daß eine Ueberschwerung auf Grund der den Wegfallenden treffenden Ausgleichungspflicht in Gemäßheit des § 2160 eintritt. Der Ueberschwerung wird vorgebeugt, indem in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen sowie der Ausgleichungspflicht der Bruchtheil der Erbschaft, um welchen der Erbtheil sich erhöht, als ein besonderer Erbtheil angesehen werden soll. Die Vorschrift wird hier angereiht, um zu verhindern, daß die Beschränkung der Fiktion des § 1972 übersehen werde. Das Gleiche wird bestimmt für den nahe verwandten Fall, daß ein solches Ergebniß deshalb eintritt, weil ein gesetzlicher Erbe des Erblassers vor dem letzteren gestorben ist. Gegen die Heranziehung des letzteren Falles läßt sich einwenden, daß in Folge des Versterbens eines gesetzlichen Erben vor dem Erblasser die übrigen gesetzlichen Erben kraft der allgemeinen Vorschrift des § 1964 zu demjenigen Bruchtheile erben, welcher sich für sie zur Zeit des Erbfalles ergiebt. Allein, da in Gemäßheit des § 1876 Abs. 1 und des § 1886 Vermächtnisse und Auflagen durch den Tod des Beschwerten nicht unwirksam werden, würde es nicht angemessen sein, eine verschiedene rechtliche Beurtheilung eintreten zu lassen, je nachdem der Erblasser den mit Vermächtnissen und Auflagen beschwerten gesetzlichen Erben noch besonders als Erben eingesetzt oder diese Einsetzung als überflüssig unterlassen hat, weil der gesetzliche Erbe schon an sich Erbe wird.

[1]) Der hess. Entw. stellt die Fiktion ebenfalls auf in Art. 354 Abs. 1, Art. 355 Abs. 1 in Ansehung der Ausschlagung und Unwürdigkeit; das sächs. G. B. §§ 2278, 2599 und Mommsen § 13 Abs. 1, 497 Abs. 1 greifen zu der gleichen Fiktion für die Fälle der Unwürdigkeit und der Enterbung.

Die Vorschrift kann nicht als folgerichtig angesehen werden; sie trifft verhältnißmäßig seltene Fälle. Der Grundsatz des § 1972 weist an sich auf eine abweichende Gestaltung hin. Für diese Vorschrift sprechen jedoch überwiegende Gründe der praktischen Zweckmäßigkeit, insbesondere im Hinblicke auf den § 2037, nach welchem ein angewachsener Erbtheil nicht ausgeschlagen werden kann. Dies führt, auf die gesetzliche Erbfolge übertragen, dahin, daß der durch den Wegfall eines anderen gesetzlichen Erben umfänglich sich erweiternde Erbtheil als mitangenommen anzusehen ist. Diesen Rücksichten trägt auf dem Gebiete des Vermächtnißrechtes der § 1872 sowie auf dem Gebiete des Erwerbes aus einer letztwilligen Verfügung der § 1799 Rechnung. Dementsprechend ist bei der gesetzlichen Erbfolge zu bestimmen, daß in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen der Bruchtheil der Erbschaft, um welchen in Folge des Wegfalles eines gesetzlichen Erben der Erbtheil des zur Erbfolge gelangenden gesetzlichen Erben sich erhöht, als ein besonderer Erbtheil anzusehen ist. Die Fassung trifft auch den Fall, daß der Erbtheil des wegfallenden Erben unbeschwert, dagegen der Erbtheil des zur Erbfolge gelangenden gesetzlichen Erben beschwert war.

Ausgleichungspflicht.

Der Ausgleichungspflicht ist neben den Vermächtnissen und Auflagen gedacht, und zwar mit Rücksicht auf die Auffassung, welche dem § 2160 zu Grunde liegt. Nach dieser Auffassung erlischt die Verpflichtung aus der Ausgleichungspflicht eines Abkömmlinges nicht, wenn derselbe den Erblasser nicht überlebt oder die Erbschaft ausgeschlagen hat oder durch letztwillige Verfügung des Erblassers oder durch Erbverzicht von der Erbfolge ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt ist, sondern geht in ähnlicher Weise wie die Verpflichtung aus einem Vorausvermächtnisse auf denjenigen Abkömmling über, welcher auf Grund der gesetzlichen Erbfolge an Stelle des Weggefallenen berufen ist. Sollen nicht Härten dadurch hervorgerufen werden, so muß vorgesehen werden, daß der an die Stelle des Weggefallenen Tretende nicht in größerem Umfange haftet, als der Vortheil reicht, welchen der nunmehr auch für diesen Erbtheil Berufene durch den Wegfall erlangt, oder mit anderen Worten, daß die Wirkung der Beschwerung auf denjenigen Erbtheil beschränkt bleibt, welcher nach dem von dem Gesetze durch Bestimmung der Ausgleichungspflicht zur Wirksamkeit gebrachten Willen des Erblassers ursprünglich beschwert werden sollte. Insbesondere darf die Beschwerung nicht auch Bruchtheile der Erbschaft ergreifen, welche dem an die Stelle des Weggefallenen tretenden Abkömmlinge schon, unabhängig von diesem Eintritte an Stelle des Weggefallenen, anfallen.

§ 1974.

V. Erbrecht des Fiskus.

In Ermangelung anderer Erben ist der Fiskus Erbe (Abs. 1). Die ältere Ansicht, welche den Fiskus als Okkupanten aus dem Gesichtspunkte seines politischen Hoheitsrechtes betrachtete[1]), ist jetzt allgemein verlassen, auch

[1]) Stobbe § 297 Anm. 20.

wohl zweifellos unrichtig und überdies unzweckmäßig, weil sie den Fiskus auf das in seinem Staatsgebiete vorhandene Vermögen beschränkt. Eine für das gemeine Recht vertretene Ansicht[1]) erklärt den Fiskus für berechtigt auf den Ueberschuß des Nachlasses, welcher nach Tilgung der Schulden, Erbschaftslasten und Vermächtnisse verbleibt. Hiermit stimmen andere Rechte mit der Maßgabe überein, daß eine Nachlaßauseinandersetzung von Amtswegen zu erfolgen hat und daß der Fiskus in keinem Falle über den Betrag des Empfangenen hinaus haftet[2]).

Für die Mehrzahl der neueren Rechte wird hingegen die Ansicht vertreten, der Fiskus sei Erbe, so insbesondere für das preuß. A. L. R. II, 16 § 25[3]), für das bayr. L. R. III, 12 § 5 Nr. 1, das sächs. G. B. § 2620 und die meisten thüring. Erbgesetze[4]).

Für die Entscheidung des Entwurfes ist insbesondere maßgebend, daß die Gestaltung eines Rechtes auf den Ueberschuß Unklarheiten schafft. Danach bleibt z. B. zweifelhaft, ob und wie der Fiskus zu solchen zum Nachlasse gehörenden Vermögensgegenständen zu gelangen vermag, welche erst nach der Regelung des Nachlasses und der Ausantwortung des Ueberschusses an den Fiskus ermittelt werden.

Fiskus eines Bundesstaates.

Erforderlich ist die Entscheidung, welcher Bundesstaat bezw. welcher Fiskus Erbe sein soll. Die im Deutschen Reiche bestehenden staatsrechtlichen Verhältnisse lassen es geboten erscheinen, den Fiskus desjenigen Bundesstaates für den Erben zu erklären (Abs. 1), welchem der Erblasser zuletzt angehört hat[5]). Den Wohnsitz für maßgebend zu erachten, würde vielfach zu unbilligen Ergebnissen führen. In Ansehung des Reichslandes Elsaß-Lothringen bedarf es hier einer besonderen Vorschrift nicht; für das Einführungsgesetz ist die Vorschrift in Aussicht genommen, im Sinne des Gesetzbuches gelte auch das Reichsland als Bundesstaat. Die Frage, welcher Staat berechtigt ist, falls der Erblasser mehreren Staaten angehört, ist nicht an dieser Stelle zu beantworten; sie hat eine weitere Tragweite. Aus diesem Grunde kann auch nicht bestimmt werden, daß in Ansehung der unbeweglichen Sachen die Landesgesetze des Ortes entscheiden, an welchem die Sachen gelegen sind (Motive zum Allg. Th. S. 112), ganz abgesehen davon, daß der Entwurf damit den Grundsatz der Gesammtrechtsnachfolge (§ 1749) verlassen würde.

Ausschlagung.

Abweichend von der für das preuß. A. L. R. vertretenen Auffassung[6]), wird dem Fiskus das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, versagt (Abs. 2).

[1]) Windscheid § 622 Anm. 1.

[2]) Unger § 90, insbes. Anm. 9, 11; code civil Art. 812—814; für württemb. Recht Stein §§ 6, 41; Esmarch § 89; brem. Recht nach Post § 199 S. 241; Mommsen § 526; hess. Entw. Art. 40, 363 (dessen Mot. S. 206, 207).

[3]) Streitig; vergl. Bornemann Bd. 6 S. 282 Anm. 1; Gruchot 3 S. 395; aber anerkannt in den Entsch. d. Ob. Trib. Bd. 7 S. 155, d. R. G. Bd. 8 S. 243; vergl. Dernburg § 194 Anm. 13, Eccius § 263 Anm. 11.

[4]) Stobbe § 297 S. 165, 166.

[5]) Stobbe § 297 S. 165.

[6]) Eccius § 263 Anm. 13; Dernburg § 194 Anm. 15.

Dies ist geboten im Interesse der Rechtssicherheit im Allgemeinen und namentlich mit Rücksicht auf die Nachlaßgläubiger, welche bei dem in Folge der Ausschlagung eintretenden Zugriffe eines Jeden um ihre Rechte kommen würden.

Schutz des Fiskus.

Der Fiskus erwirbt also die Erbschaft endgültig mit dem Erbfalle. Die gefährlichen Folgen, welche sich daraus für den Fiskus ergeben könnten, werden schon dadurch wesentlich abgeschwächt, daß nach den §§ 2058 ff. das Nachlaßgericht dann, wenn der Erbe unbekannt ist, von Amtswegen einzuschreiten, einen Nachlaßpfleger zu bestellen und die Erben aufzurufen hat. Allein der hierin liegende Schutz genügt nicht, zumal das Nachlaßgericht in manchen Fällen nicht einschreiten wird, theils weil der Erbfall nicht zu seiner Kenntniß gelangt, theils weil erst später sich herausstellen kann, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist. Deshalb wird dem Fiskus noch ein weiterer Schutz gewährt, und zwar einmal, indem dem Fiskus stets das Inventarrecht gesichert wird (Abs. 3), und dann dadurch, daß gegen ihn als Erben ein Recht erst geltend gemacht werden kann, nachdem von dem Nachlaßgerichte festgestellt ist, daß andere Erben als der Fiskus nicht vorhanden sind (Abs. 5).

Die Sicherung des Inventarrechtes für den Fiskus kann insofern entbehrlich erscheinen, als nach dem Entwurfe (vergl. §§ 2092 ff.) jeder Erbe Inventarerbe ist. Aber der Erbe kann das Inventarrecht verlieren, abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden Verzichte (§ 2094), dadurch, daß er die ihm auf Antrag eines Nachlaßgläubigers von dem Nachlaßgerichte gesetzte Frist verstreichen läßt (§ 2095) und dadurch, daß das Recht gegenüber einem Nachlaßgläubiger im Rechtsstreite nicht geltend gemacht oder im Urtheile nicht vorbehalten ist (§ 2108). Die Möglichkeit des Verlustes durch Verschweigen von Nachlaßgegenständen (§ 2106) kommt hier ebensowenig in Frage wie der Verlust durch Nichtleistung des Offenbarungseides (§ 2142). Demgemäß ist bestimmt, daß dem Fiskus eine Inventarfrist nicht gesetzt werden kann und daß der Verlust des Inventarrechtes für den Fiskus auch dann nicht eintritt, wenn das Inventarrecht im Prozesse nicht geltend gemacht oder im Urtheile nicht vorbehalten ist (Abs. 3).

Daß der Fiskus ein Recht als Erbe nicht geltend machen kann und daß gegen ihn als Erben ein Recht nicht geltend gemacht werden kann, bevor nicht von dem Nachlaßgerichte festgestellt ist, daß andere Erben nicht vorhanden sind (Abs. 5), schützt den Fiskus gegen die sofortige Inanspruchnahme seitens der Nachlaßgläubiger. Die Vorschrift ist aber auch erforderlich, um den Vorschriften der §§ 2058 ff. Raum zu lassen; sie bringt zum Ausdrucke, daß der Fiskus den Nachlaß nicht mit Umgehung des Nachlaßgerichtes und nicht bevor das Nachlaßgericht festgestellt hat, daß andere Erben nicht vorhanden sind, an sich ziehen darf. In Deutschland ist von jeher Rechtens gewesen, daß es Sache der Gerichte ist, sich mit Verlassenschaften, zu welchen der Erbe nicht bekannt ist, zu befassen, den Nachlaß in einstweilige Obhut zu nehmen und für die Ermittelung der Erben Sorge zu tragen. Erst dann, wenn das Nichtvorhandensein anderer Erben festgestellt ist, schreitet die fiskalische Behörde ein. Hiervon abzuweichen, fehlt es an genügenden Gründen (vergl. § 2058). Hiernach wird in der Regel ein Inventar von dem Nachlaßpfleger bereits

errichtet sein, bevor die Erbschaft an den Fiskus gelangt. Um so unbedenklicher ist die Vorschrift des Abs. 3.

Im Zwangsvollstreckungsverfahren muß sich der Fiskus, wie jeder andere Erbe, auf das Inventarrecht berufen (§ 696 der C. P. O. und § 2143), da anderenfalls eine Zwangsvollstreckung mit irgend welcher Sicherheit nicht möglich sein würde. Dieser letztere Umstand läßt es angemessen erscheinen, den Fiskus gegenüber den Nachlaßgläubigern zu verpflichten, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu geben (Abs. 4). Dem Fiskus diese Verpflichtung aufzuerlegen, erscheint mit Rücksicht auf die Vorschrift des Abs. 5 um so weniger bedenklich, als regelmäßig die Ausfolgung des Nachlasses auf Grund eines von dem Nachlaßpfleger errichteten Inventares stattfinden wird.

Auskunftspflicht.

Daß dem Fiskus als Inventarerben nach dem § 2114 die Verpflichtung obliegt, die Nachlaßgläubiger verhältnißmäßig zu befriedigen, kann nicht Anstoß erregen, zumal ihm unbenommen bleibt, sich durch Herbeiführung des erbschaftlichen Gläubigeraufgebotes (§§ 2120 ff.) diese Verpflichtung wesentlich zu erleichtern. Ist der Nachlaß wirklich überschuldet, so kann jederzeit die Eröffnung des Nachlaßkonkurses von dem Fiskus beantragt werden. Zu bestimmen, daß in einem solchen Falle die §§ 99, 190 der Konk. O. nicht anwendbar seien, besteht kein Bedürfniß.

Konkurs.

Die Regelung des Entwurfes bietet unter Anderem den Vorzug, daß sie es entbehrlich macht, in allen Fällen, also auch dann, wenn der Nachlaß zweifellos nicht überschuldet oder nicht zahlungsunfähig ist, den Nachlaßkonkurs von Amtswegen zu eröffnen, wie es geschehen müßte, wenn dem Fiskus nur der Reinüberschuß ausgehändigt werden sollte. Entgegen dem § 203 der Konk. O. die Konkurseröffnung vorzuschreiben, wenn Ueberschuldung nicht vorliegt, und entgegen dem § 95 daselbst ein Konkursverfahren zuzulassen, welches ohne Antrag eröffnet wird, kann für angemessen nicht erachtet werden. Die theilweise Abweichung von diesen Grundsätzen der Konk. O. im § 2150 giebt jedenfalls keinen Anlaß, die Grundsätze auch hier preiszugeben. Dazu kommt, daß die Vorschriften des materiellen Konkursrechtes zu einem nicht geringen Theile (vergl. §§ 15—21, 56 Nr. 1, 2, §§ 58, 63, 160 ff. der Konk. O.) lediglich für den Fall der Ueberschuldung berechnet und berechtigt sind und daß deren Uebertragung auf die Behandlung eines nichtüberschuldeten Nachlasses zu den erheblichsten Unzuträglichkeiten führen würde.

Aus diesen Gründen kann dem Fiskus auch nicht die Befugniß beigelegt werden, die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß dann zu beantragen, wenn der Nachlaß nicht überschuldet ist.

Zweiter Titel.

Pflichttheil.

Vorbemerkung.

Ablehnung der Beseitigung des Pflichttheilsrechtes.

Die Erweiterung der Testirfreiheit gegenüber dem geltenden Rechte in dem Sinne, daß das Pflichttheilsrecht völlig beseitigt wird, ist bereits S. 7 abgelehnt. Ueber Aufhebung des Pflichttheilsrechtes haben neuerlich Verhandlungen bei dem Deutschen Juristentage stattgefunden. Vergl. die Gutachten von Bruns, Verhandlungen des 14. Juristentages, 1878, S. 72 ff. und Meyersburg ebenda S. 52 ff., dazu Braun in den preuß. Jahrb. Bd. 42 S. 278 bis 302; ferner zu allen diesen Schultzenstein in Gruchot's Beitr. Bd. 23 S. 661 ff. Wie von dem Juristentage auf den Gedanken einer Beseitigung des Pflichttheilsrechtes nicht eingegangen ist, so kann auch hier die Aufhebung nicht bestimmt werden. Von dem Standpunkte der Sozialpolitik aus ist die Frage nicht spruchreif. Die Hauptaufgabe des Entwurfes besteht darin, einheitliches Recht für Deutschland herzustellen. Das Recht, welches durchweg in Geltung sich befindet, kann nur beseitigt werden, soweit ganz überwiegende Gründe die Beseitigung erfordern.

Die Grundauffassung, von welcher der Entwurf ausgeht, kommt bei den §§ 1975, 1976 zur Erörterung.

§ 1975.

I. Allgemeine Vorschriften. 1. Pflichttheilsrecht. Berechtigte. Abkömmlinge.

Als pflichttheilsberechtigt erkennt der Entwurf nur an die Abkömmlinge, beide Eltern und den Ehegatten.

Abkömmlinge sind nach allen in Deutschland geltenden Rechten pflichttheilsberechtigt[1]). Des an Kindesstatt Angenommenen ist hier wie im § 1965 nicht besonders zu gedenken (vergl. § 1601 Abs. 1 und § 1620). Das Gleiche gilt von unehelichen Kindern, in Ansehung deren das geltende Recht noch vielfach abweicht[2]), ferner in Ansehung der Kinder aus Putativehen, aus nichtigen Ehen und der Legitimirten (vergl. § 1965).

---

[1]) Stobbe § 305 Anm. 10; Windscheid § 579; Roth § 342 S. 530 ff. Im Gebiete des preuß. A. L. R. bestanden Zweifel wegen II, 2 § 391; Theorie und Praxis halten jedoch diese Zweifel für nicht begründet; vergl. II, 2 § 437, Dernburg § 198 Anm. 1, Eccius § 248 Anm. 41.

[2]) Preuß. A. L. R. II, 2 § 661; Schultzenstein, Pflichttheil S. 229 ff.; österr. G. B. § 754 und viele Rechte geringeren Geltungsgebietes. Sehr bestritten ist das Pflichttheilsrecht unehelicher Abkömmlinge im Gebiete des code civil, Zachariae § 698. — Im Sinne des Entwurfes entscheiden sächs. G. B. § 2565 mit § 2019, württemb. Recht nach Stein § 73 Nr. 1, § 17, hess. Entw. Art. 114, goth. Erbges. §§ 62, 20. Abweichend noch Mommsen § 470 Abs. 2.

Aszendenten schlechthin sind pflichttheilsberechtigt nach dem gemeinen Rechte und der überwiegenden Mehrzahl der geltenden Rechte[1]). Den Eltern allein geben Pflichttheilsrecht die meisten thüring. Erbgesetze, das frankf. Recht, das lüb. Ges. von 1862 Art. 22, das in Schleswig geltende Recht, soweit das jüt. Low in Betracht kommt, und Mommsen § 468[2]).

Aszendenten.

Der Grundsatz der Parentelerbfolge legt nahe, das Pflichttheilsrecht aller Vorfahren auszuschließen. Das Pflichttheilsrecht der Großeltern (und der weiteren Voreltern) ist schon deshalb zu beseitigen, weil es nicht angemessen wäre, ihnen einen Pflichttheilsanspruch zu gewähren, obschon sie nur dann gesetzliche Erben werden, wenn auch keine Geschwister oder Abkömmlinge von solchen zur Erbfolge gelangen. Anderenfalls würde nur selten eine Verfügung von Todeswegen mit einiger Sicherheit getroffen werden können, weil immerhin das Einrücken der Großeltern als gesetzlicher Erben möglich bleibt. Das Pflichttheilsrecht der Eltern kann deshalb bekämpft werden, weil nicht wohl den in derselben Linie und nicht selten neben einander Erbenden ein Pflichttheilsrecht theils gegeben theils versagt werden dürfe. Zudem würde dadurch die immerhin nicht unbedenkliche Befugniß, den Eltern das Pflichttheilsrecht zu entziehen, entbehrlich (vergl. Bruns in dem bezeichneten Gutachen S. 101, 102). Gleichwohl kann das Pflichttheilsrecht den Eltern nicht versagt werden in Rücksicht auf das geltende Recht und in Anerkennung der Pietätsanforderungen (vergl. Schultzenstein S. 227).

Den Geschwistern ein Pflichttheilsrecht zu gewähren, würde nicht angemessen sein. Das gemeine Recht erklärt nur von demselben Vater erzeugte Geschwister, und auch diese nur, wenn eine nicht ehrenhafte Person ihnen vorgezogen ist, für pflichttheilsberechtigt. Dagegen versagen schon die meisten neueren Rechte den Geschwistern das Pflichttheilsrecht[3]). Der Entwurf folgt den letzteren. Der Anschluß an das ältere Recht würde dazu nöthigen, auch die Abkömmlinge der Geschwister, also alle der zweiten Linie Angehörenden, einzubeziehen. Die Anschauung, welche in der Einsetzung einer nicht ehrenhaften Person eine Ehrenkränkung der nächsten gesetzlichen Verwandten sieht, ist der Gegenwart fremd.

Geschwister.

Die Verneinung des Pflichttheilserbrechtes der Geschwister bedarf eines besonderen Ausdruckes nicht; es genügt, daß das Recht lediglich den Eltern

---

1) Windscheid § 579 Anm. 1; Brinz § 378; Roth § 342 Anm. 30, 31; preuß. A. L. R. II, 2 §§ 501 ff.; sächs. G. B. § 2565; code civil Art. 915; österr. G. B. §§ 762, 763; bayr. L. R. III, 3 § 14 Nr. 1; württemb. Recht nach Stein § 73; hess. Entw. Art. 113, 115; Stobbe § 305 Anm. 11.

2) Vergl. Bender § 144; Paulsen § 200 Anm. 12, Esmarch § 22; Mommsen, Mot. S. 451.

3) Dem gemeinen Rechte folgen noch das bayr. L. R., auch das hamb. Recht, Bauermeister § 111 II. Versagt ist der Anspruch den Geschwistern von dem preuß. A. L. R. II, 3 § 33, dem österr. G. B. § 762, dem sächs. G. B. § 2565, dem code civil Art. 916, dem württemb. Recht nach Stein § 73, dem hess. Entw. Art. 113 ff., und Mommsen, Mot. S. 458, aber auch von den thüring. Erbgesetzen und vielen Rechten beschränkteren Geltungsgebietes, Roth § 342 Anm. 52.

zugesprochen wird. Den § 1966 Abs. 3 auf die Pflichttheilsberechtigung in der Weise anzuwenden, daß an die Stelle des verstorbenen Elterntheiles dessen Abkömmlinge treten, ist ohne Weiteres unzulässig, da hierin eine positive Erweiterung des Pflichttheilsrechtes der Eltern liegen würde.

Ehegatte.

Dem Ehegatten steht nach dem gemeinen Rechte ein Pflichttheilsanspruch nicht zu oder richtiger, auch der armen Wittwe wird kein Anspruch auf Erbeinsetzung gewährt, sie erhält die Quart sowohl bei der testamentarischen wie bei der gesetzlichen Erbfolge[1]). Das österr. G. B. § 796 giebt dem Ehegatten nur unter gewissen Voraussetzungen Anspruch auf Gewährung des mangelnden anständigen Unterhaltes. Den Pflichttheilsanspruch versagen dem Ehegatten das bayr. L. R. III, 3 § 14 und einige andere Rechte geringeren Geltungsgebietes[2]); diese haben indessen nicht unerhebliche Nachwirkungen des ehelichen Güterrechtes, welche nicht entziehbar sind. Die sog. statutarische Portion des märk. Provinzialrechtes und einiger anderer Rechte ist nicht entziehbar[3]). Die Mehrzahl der neueren Rechte[4]) giebt auch dem Ehegatten einen Pflichttheilsanspruch. Wird einmal dem Ehegatten ein gesetzliches Erbrecht eingeräumt, so erscheint es nur angemessen, ihm auch den Pflichttheilsanspruch nicht zu versagen (vergl. Mommsen, Mot. S. 452, 453).

Hinterlassungspflicht 2c.

Indem ausgesprochen wird, der Erblasser habe jedem seiner Abkömmlinge und Elterntheile, welcher als gesetzlicher Erbe zur Erbfolge berufen ist oder in Ermangelung einer Verfügung von Todeswegen zur Erbfolge berufen sein würde, ingleichen seinem Ehegatten so viel zu hinterlassen, daß der Werth des Hinterlassenen die Hälfte des Werthes des gesetzlichen Erbtheiles erreicht (Abs. 1), gelangt ferner zum Ausdrucke: wann der Pflichttheil zusteht; daß der Pflichttheil nur einen Werthanspruch giebt; welcher Bruchtheil zu hinterlassen ist; die Rechtspflicht des Erblassers, zu hinterlassen; endlich die Unabhängigkeit des Rechtes jedes Berechtigten von dem Rechte Anderer.

Voraussetzungen.

Bei dem Eintritte des Erbfalles besteht das Pflichttheilsrecht als gegenwärtiges Recht ebensowenig wie ein Recht auf die Erbfolge aus Gesetz, Testament oder Vertrag. Damit das Recht entstehen kann, müssen in der Person des Berechtigten diejenigen Voraussetzungen sich erfüllen, welche in den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge für den Eintritt des vorläufigen kraft des Gesetzes erfolgenden Erwerbes der Erbschaft bestimmt sind. Diese Vorschriften zu bezeichnen, ist nicht erforderlich. Zu berücksichtigen ist jedoch, daß eine letztwillige Verfügung, durch welche das Pflichttheilsrecht eines Abkömm-

---

[1]) Brinz § 385 S. 145; Roth § 342 II; Vangerow § 488 Anm. zu 2; aber auch Unger § 78 Anm. 7.

[2]) Frankf. Recht, Bender S. 562; braunschw. Recht, Steinacker § 291 Anm. 13; u. A.

[3]) Scholtz §§ 306 ff.; Stobbe § 294 IV.

[4]) Preuß. A. L. R. II, 1 §§ 631 ff.; sächs. G. B. §§ 2578 ff.; Gesetze d. thüring. Staaten; württemb. Recht, Stein § 73; oldenb. Gesetze v. 1873 und 1879 Art. 43 bezw. 38; lübeck. Ges. v. 1862 Art. 22; Paulsen § 201 für Schlesw.-Holst.; Mommsen § 468; hess. Entw. Art. 113, 114, 117.

linges oder Elterntheiles ausgeschlossen werden kann, auch in der begründeten Entziehung des Pflichttheiles zu bestehen vermag. Deshalb ist die Fassung gewählt „in Ermangelung einer Verfügung von Todeswegen". Die Fassung „in Ermangelung einer Erbeinsetzung" wäre zu eng, weil sie die begründete Entziehung des Pflichttheilsrechtes außer Betracht ließe.

Das Recht des Ehegatten unterscheidet sich in dieser Beziehung von dem Rechte der Abkömmlinge und Eltern darin, daß der Ehegatte stets zur gesetzlichen Erbfolge gelangt oder in Ermangelung einer Verfügung von Todeswegen gelangen würde. Aus dem Worte „ingleichen" erhellt, daß auch der Ehegatte nicht pflichttheilsberechtigt ist, wenn er auf das Erbfolgerecht verzichtet hat oder für erbunwürdig erklärt ist.

Die Ausschlagung schließt übrigens unter Umständen das Pflichttheilsrecht nicht aus (vergl. § 1981).

Werthsanspruch.

Die Worte „so viel zu hinterlassen, daß der Werth die Hälfte des Werthes des gesetzlichen Erbtheiles erreicht", bringen zugleich mit der Bestimmung des dem Berechtigten gebührenden Bruchtheiles zum Ausdrucke, daß dem Pflichttheilsanspruche der Karakter eines Werthanspruches beigelegt ist.

Geltendes Recht.

Der code civil Art. 913, 915 giebt den ehelichen Abkömmlingen und den Aszendenten des Erblassers kraft des Gesetzes ein Erbrecht an dem gesammten Nachlasse und legt dem Erblasser nur das Recht bei, diesen Erben die Herausgabe eines Theiles des Nachlasses aufzuerlegen. Der Erblasser kann daher, wenn er Abkömmlinge oder Aszendenten hinterläßt, über die Erbfolge nicht verfügen (vergl. § 1753)[1]. In einem Gegensatze hierzu stehen die übrigen geltenden Rechte, welche jedoch unter sich nach verschiedenen Richtungen auseinandergehen. Die Entwickelung des röm. Rechtes darzulegen, liegt außerhalb der Aufgabe dieser Begründung. Für das gemeine Recht wird sich behaupten lassen, es habe ein gemischtes System zur Grundlage. Neben einander stehen die querela inofficiosi testamenti und die actio ad supplendam legitimam. Der Notherbe hat das Recht auf Einsetzung als Erbe. Gegenüber der ungenügenden Erbeinsetzung steht ihm die actio suppletoria zu. In Ermangelung einer Erbeinsetzung des Berechtigten ist das Testament anfechtbar mit der Wirkung, daß für den Verletzten die gesetzliche Erbfolge eintritt. Streitig ist, ob die Nov. 115 hieran überhaupt nichts geändert hat, ob das den Notherben verletzende Testament nichtig oder nur anfechtbar oder aber, je nachdem ein Ausschließungsgrund nicht angeführt oder der angeführte unrichtig oder unzulänglich ist, nichtig oder anfechtbar ist[2]. Aeltere Rechte geben zumeist in Ermangelung einer Erbeinsetzung oder Enterbung dem Berechtigten Anspruch auf den

[1]) Vergl. Bauerband, Instit. §§ 198—202; Zachariae § 683 mit §§ 675, 717, 718.

[2]) Vergl. für Nichtänderung durch die Novelle Bl. f. R. A. 38 S. 364; — für Nichtigkeit Keller § 521; Vangerow § 486 zu IV; — für Anfechtbarkeit Windscheid § 591, insbesondere zu Anm. 14; Brinz § 378 Anm. 24; — für Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit Puchta § 493; u. A.

vollen Intestaterbtheil, anderen Rechten genügt Hinterlassung quocunque titulo[1]). Das sächs. G. B. §§ 2564, 2589, 2593 ff. giebt dem Erblasser zwar die Enterbungsbefugniß, betrachtet aber den nicht (mit Grund) enterbten Pflichttheilsberechtigten als Erben hinsichtlich seines Pflichttheiles; dem Berechtigten wird die Erbschaftsklage auf Gewährung oder Ergänzung des Pflichttheiles nach Verhältniß des Erbtheiles gegeben[2]). Ihm haben sich die thüring. Erbgesetze, wenn auch nicht durchweg ohne Modifikationen, angeschlossen. Nach dem österr. G. B. §§ 775, 776, 781 ist der Pflichttheil nur ein Werthanspruch[3]), ebenso nach dem lüb. Ges. v. 1862 Art. 24, 25. Ob das preuß. A. L. R. auf demselben Boden steht, ist bekanntlich sehr streitig. Die neuere Theorie und Praxis neigt dahin, anzunehmen, es sei stets oder doch in der Regel, vorbehaltlich gewisser Ausnahmen, nur ein Forderungsrecht auf den ökonomischen Werth des Pflichttheilsbruchtheiles gewährt[4]).

Entwurf.

Der Entwurf hat sich im Wesentlichen der zuletzt bezeichneten Auffassung angeschlossen. Der Grundsatz des code civil ist nach seiner Auffassung des Verwandtenerbrechtes und der Testirfreiheit für ihn nicht annehmbar, der Gedanke des Reservatquantums nicht verwendbar. Der Erblasser, welcher pflichtwidrig über seinen Gesammtnachlaß verfügt, greift nicht in eine fremde Rechtssphäre ein. Die Lösung der gemischten Systeme ist eine zu verwickelte. Wird der Pflichttheilsanspruch je nach dem Mehr oder Minder der Verletzung des Berechtigten bald als Erbrecht, bald als Forderungsrecht gestaltet, so muß der Gesichtspunkt der Strafe hineingezogen werden. Der Gedanke führt dazu, daß eine nur scheinbare Erbeinsetzung auf einen verschwindend kleinen Bruchtheil oder ein ganz geringes Quantum[5]) andere Ergebnisse herbeiführt als eine völlige Uebergehung.

Für ein Erbfolgerecht des Pflichttheilsberechtigten sprechen überwiegend ethische Gründe. Die Ehre der Erbeinsetzung hat neben der äußeren auch eine innere Bedeutung. Der Pflichttheilsberechtigte, welcher nur einen Werthanspruch hat, entbehrt der Sicherheit, welche ihm die Erbeneigenschaft gewährt. Ihm wird das Miteigenthum an dem Nachlasse entzogen, er wird auf eine Schätzung des Nachlasses verwiesen, bei welcher Gegenstände, welche keinen Geldwerth haben, ohne Weiteres und ohne jeden Ersatz dem Erben zufallen. Für Zuweisung eines Geldäquivalentes spricht hingegen, außer den Rücksichten der Zweck-

[1]) Für das Erstere auch hamb. Recht, Baumeister § 110 III; im Uebrigen vergl. Stobbe § 305 Anm. 3—7; Roth § 343 Anm. 18—20, § 344 Anm. 7; bayr. L. R. III, 3 § 15 Nr. 5, 6, dazu Kreittmayr Anm. 4 e; für württemb. Recht Stein § 73. — Mommsen § 482 mit §§ 498—501 hat eine eigenartige Regelung versucht.

[2]) Vergl. Stobbe § 305 Anm. 9; Schmidt, Vorles. § 205 und Ann. N. F. 7 S. 369, 9 S. 282, 485, Z. f. R. 38 S. 309; u. A. — Nach dem hess. Entw. Art. 113, 116—119, welcher dem Erblasser in der Regel keine Enterbungsbefugniß giebt, ist der Pflichttheilsberechtigte ohne Weiteres Erbe; er hat die Erbschaftsklage auf den Pflichttheil als Erbquote.

[3]) Unger § 85.

[4]) Entsch. d. R. G. Bd. 6 S. 252; Schultzenstein S. 156 ff., § 33; Dernburg § 196; Eccius § 248 S. 337 ff.

[5]) Plitt, lüb. Erbrecht S. 106, 107; Roth § 343 Anm. 10—12, 22.

mäßigkeit, und außer dem Umstande, daß der Pflichttheilsberechtigte durch die Angleichung an die Stellung eines Gläubigers auch nicht durch Handlungen, Anerkenntnisse, Bekenntnisse u. s. w. des Erblassers berührt wird, eine gewisse Folgerichtigkeit. Kann dem Erblasser die Befugniß nicht versagt werden, den Pflichttheilsberechtigten mit einem Quantum abzufinden, so muß der Anspruch des Berechtigten auch in der Forderung auf ein Werthquantum sich erschöpfen. Dazu kommt, daß gewisse ökonomische Nachtheile mit dem Pflichttheilserbrechte verbunden sein können. Eine Vermögenszersplitterung läßt sich nicht vermeiden; es wird unmöglich, gewisse Bestandtheile des Nachlasses, Güter, Fabriken, größere Geschäfte u. s. w. ihrem Zwecke zu erhalten; es ergeben sich Mindererlöse bei den gebotenen Veräußerungen; es entstehen Theilungskosten. Selbst bei der Verfügung über einzelne Nachlaßstücke und bei Theilungsanordnungen steht dem Erblasser das Recht des Pflichttheilserben auf gerichtliche Theilung gegenüber. Es wird also dem Erblasser erschwert, den besonderen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Im letzten Erfolge kommt auch bei dem Pflichttheilserbrechte der Pflichttheilsberechtigte doch nur zu einer Geldabfindung. Endlich, und das ist nicht der geringste Nachtheil einer solchen Regelung, führt das Pflichttheilserbrecht für alle Fälle zu schwebenden Zuständen, zeitlicher Unsicherheit der Erbeslegitimation, und in Folge der letzteren zur Erschwerung der Auseinandersetzung, des Gläubigerverhältnisses und der Verfügung über Nachlaßgegenstände, indem die geringste Verletzung des Pflichttheiles nur durch Erweiterung des Erbrechtes des Pflichttheilsberechtigten unter Einschränkung der übrigen Erbtheile ausgeglichen werden kann. Nicht unberücksichtigt kann bleiben, daß gegenüber einem Erbvertrage auch das gemeine Recht überwiegend dem Pflichttheilsberechtigten nur einen Geldanspruch giebt[1]), und daß eine einheitliche Regelung für Testamente und Erbeinsetzungsverträge geboten ist.

Rechtspflicht des Erblassers, den Werth zu hinterlassen.

Der § 1975 bringt (vergl. auch § 1976) die Auffassung des Entwurfes in der Weise zum Ausdrucke, daß er vorschreibt, der Erblasser habe dem Pflichttheilsberechtigten so viel zu hinterlassen, daß u. s. w. Es wird also davon ausgegangen, daß eine Rechtspflicht des Erblassers bestehe, die ihm gewährte Testirfreiheit nicht zu mißbrauchen, und daß die Pflichttheilsberechtigung die Kehrseite dieser Rechtspflicht sei. Die rechtliche Wirkung des von dem Gesetze an den Erblasser gerichteten Befehles bestimmt sich nach den Folgen, welche eintreten, wenn dem Befehle nicht nachgekommen ist. Diese Folgen sind in den §§ 1978—1982 eingehend geregelt. Hieraus ergiebt sich, daß die Rechtspflicht des Erblassers nicht als eine unter Lebenden schon begründete obligatorische Verpflichtung anzusehen ist, bei deren Nichterfüllung die Folgen eintreten, welche der Entwurf für den Fall der Nichterfüllung obligatorischer Verpflichtungen bestimmt. Der Eintritt der Wirkungen und damit die Entstehung eines gegenwärtigen Rechtes für den Pflichttheilsberechtigten knüpfen sich lediglich an die objektive Nichterfüllung der vorgeschriebenen

[1]) Vergl. Stobbe § 311 Anm. 51 mit § 305 Anm. 4; Roth § 335 Anm. 65 ff. Entsch. in Anm. 69 a. a. O.

Rechtspflicht. Ueber die Ausnahmen von der regelmäßigen Pflicht des Erblassers bestimmen die §§ 2001 ff.

Pflichttheil.

Als dasjenige, was zu hinterlassen ist, bezeichnet der § 1975 „so viel, daß der Werth des Hinterlassenen die Hälfte des Werthes des gesetzlichen Erbtheiles erreicht (Pflichttheil)". Zur Fassung ist zu bemerken, daß der Ausdruck „Erbtheil" gewählt ist, weil der Ausdruck „Erbantheil", welcher vielleicht etwas genauer ist, zur Verdeutlichung kaum beitragen würde, und weil auch sonst der im Entwurfe häufiger verwendete Ausdruck keinen Zweifel lassen wird, daß unter „gesetzlichem Erbtheil" der an sich gesetzlich gebührende Erbtheil, nicht ein wirklich angefallener (oder erworbener) Erbtheil gemeint ist.

Abgesehen von der Höhe des Bruchtheiles weicht der Entwurf von einer großen Zahl der geltenden Rechte schon in der Bestimmung: Hälfte des Werthes des „gesetzlichen Erbtheiles" ab.

Nicht Nachlaßbruchtheil.

Der code civil spricht von einem „Nachlaßbruchtheil" (Art. 913), ebenso eine größere Zahl von älteren Rechten, zumeist geringeren Geltungsgebietes[1]. Der Unterschied ist nur scheinbar unerheblich, wie Bruns im Gutachten S. 103 und Kreittmayr Note 2a zum bayr. L. R. III, 3 § 15 meinen. Entscheidet der Nachlaßbruchtheil, so ist einerseits der Pflichttheil aller Berechtigten, andererseits das den sonstigen Erben Gebührende in je einer Masse ausgeschieden und diese Massen bilden ein engeres Ganzes für die dazu Berechtigten. Der Einfluß zeigt sich insbesondere bei dem Wegfalle von Berechtigten. Der Entwurf folgt in dieser Beziehung dem gemeinen Rechte[2], dem preuß. A. L. R. II, 2 § 392 (vergl. II, 1 §§ 631—633), dem österr. G. B. § 765, dem sächs. G. B. § 2566, dem hess. Entw. Art. 114 und Mommsen § 471[3]).

Unabhängigkeit des Rechtes jedes Berechtigten.

Der Pflichttheil als Ersatz des gesetzlichen Erbrechtes steht dem einzelnen Berechtigten unabhängig von Anderen zu, der Berechtigte muß sein Recht für sich geltend machen können und es deshalb nach seinem gesetzlichen Erbtheile selbständig zugemessen erhalten. Bei dem Pflichttheile des Ehegatten geben auch das sächs. G. B. §§ 2579, 2580 und Mommsen § 479 in gewissen Fällen einen Bruchtheil der Erbschaft als Pflichttheil. Das Gleiche findet sich in älteren Rechten[4]). In dieser Hinsicht zu unterscheiden, fehlt es an zureichenden Gründen.

Hälfte.

Der Bruchtheil „die Hälfte" ist gewählt theils im Interesse der Einfachheit, theils weil es nicht angemessen erscheint, daß der Erblasser je nach der Zahl der erbberechtigten Verwandten eine erweiterte oder beschränkte Verfügungsbefugniß habe, endlich, weil die Pietätsrücksicht in allen Fällen die gleiche ist. Die Festsetzung auf die Hälfte erscheint ferner deshalb angemessen, weil der Pflichttheil nicht bedeutungslos werden, andererseits nicht so anschwellen soll, daß der Erblasser behindert wird, berechtigten Rücksichten bei

---

[1]) Roth § 342 Anm. 64; frankf. Recht bei Bender S. 562; auch württemb. L. R. III, 14 § 4.

[2]) Windscheid § 580 Anm. 1.

[3]) Vergl. Mommsen's Mot. S. 453, 454; Schultzenstein S. 231 ff.

[4]) Vergl. Schultzenstein S. 233—236.

der Theilung Rechnung zu tragen. Dazu wird die Hälfte genügen; sie ermöglicht, daß der Erblasser, auch wenn er sechs Kinder hat, dem einen davon $^{7}/_{12}$ zuwendet. Dies genügt in der Regel, um selbst ein Gut, eine Fabrik, ein größeres Geschäft einem Kinde zuzuweisen.

Geltendes Recht. Abkömmlinge.

In Ansehung der Abkömmlinge stimmt die Festsetzung der Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles überein mit dem Entwurfe des preuß. A. L. R. (Reste davon in I, 11 §§ 1113, 1116, 637—639), dem auch der preuß. Entw. v. 1835 sich anschließt (Mot. desselben S. 305), mit dem österr. G. B. § 765, dem lüb. Ges. v. 1862 Art. 22, dem hess. Entw. Art. 114, Mommsen § 471 und einigen thüring. Erbgesetzen. Abweichend bestimmen das gemeine Recht[1]) (ein Drittel, und wenn der gesetzliche Erbtheil weniger als ein Viertel beträgt, die Hälfte, sodaß jedes von vier Kindern $^{1}/_{12}$, jedes von fünf Kindern $^{1}/_{10}$ erhält, also mehr als jedes der vier Kinder, vergl. Motive des preuß. Entw. v. 1835 S. 305), und diesem folgend das bayr. L. R. III, 3 § 15 Nr. 2, das württemb. Recht (Stein § 74), das sächs. G. B. § 2566 und viele Rechte beschränkteren Geltungsgebietes. Auch das preuß. A. L. R. II, 2 § 392 bestimmt abweichend ein Drittel, die Hälfte, zwei Drittel des gesetzlichen Erbtheiles, je nachdem ein oder zwei, drei oder vier, mehr als vier Kinder vorhanden sind, sodaß, wenn fünf Kinder vorhanden sind, jedes $^{2}/_{15}$ oder $^{16}/_{120}$, wenn vier Kinder vorhanden sind, jedes $^{1}/_{8}$ oder $^{15}/_{120}$, wenn zwei oder drei Kinder vorhanden sind, jedes $^{1}/_{6}$ erhält, sodaß also nicht nur von fünf Kindern jedes mehr erhält, als wenn nur vier Kinder vorhanden sind, sondern der Erblasser auch, falls er zwei Kinder hat, über $^{4}/_{6}$, falls er drei Kinder hat, über die Hälfte frei verfügen kann (vergl. Motive des preuß. Entw. v. 1835 S. 305). Abweichend bestimmt ferner der code civil Art. 913—916 (der Erblasser kann über die Hälfte, ein Drittel oder ein Viertel verfügen, je nachdem er ein, zwei oder mehr Kinder hat). Einige Rechte beschränkten Geltungsgebietes setzen den Pflichttheil durchweg auf ein Drittel, die fränk. Ld. Ger. O. 29 § 1 auf zwei Drittel fest[2]).

Aszendenten.

In Ansehung der Aszendenten bestimmen auch das preuß. A. L. R. II, 2 § 502 und das lüb. Ges. v. 1862 Art. 22 den Pflichttheil auf die Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles. Der code civil läßt den Erblasser über drei Viertel, wenn Aszendenten in einer Linie, über die Hälfte, wenn Aszendenten in beiden Linien hinterbleiben, verfügen. Auf ein Drittel des gesetzlichen Erbtheiles setzen den Pflichttheil für Aszendenten fest das sächs. G. B. § 2569, das württemb. Recht (Stein § 74), die thüring. Erbgesetze und viele Rechte beschränkteren Geltungsgebietes[3]), aber auch das österr. G. B. § 766, der hess. Entw. Art. 115 und Mommsen § 476. Ganz vereinzelt wird der Pflichttheil auf ein Viertel des gesetzlichen Erbtheiles bemessen von einigen Rechten beschränkten Geltungsgebietes. Das gemeine Recht, dem noch einzelne Statuten und auch das bayr. L. R. III, 3 § 15 Nr. 2 folgen, überträgt nach der herrschenden,

[1]) Windscheid § 580.
[2]) Vergl. Stobbe § 305 Anm. 31.
[3]) Vergl. Stobbe § 305 Anm. 14.

früher vielfach bestrittenen Ansicht die Grundsätze von der Erbfolge der Abkömmlinge[1]).

Ehegatten

In Ansehung des Ehegatten stimmt der Entwurf überein mit dem preuß. A. L. R. II, 1 § 631, dem lüb. Ges. v. 1862 (Art. 22), den oldenb. Gesetzen v. 1873 (Art. 41 § 1) und 1879 (Art. 38 § 1), den meisten thüring. Gesetzen und dem hess. Entw. Art. 114. Das sächs. G. B. dagegen bestimmt den ganzen gesetzlichen Erbtheil als Pflichttheil, wenn mit dem Ehegatten eheliche, an Kindesstatt angenommene oder gewisse legitimirte Kinder konkurriren; konkurriren Aszendenten, Geschwister oder deren Abkömmlinge, so beträgt der Pflichttheil zwei Drittel des gesetzlichen Erbtheiles; konkurriren entferntere Verwandte, so ist die Hälfte der Erbschaft Pflichttheil des Ehegatten (vergl. §§ 2578—2580, 2049 bis 2051)[2]). Das württemb. Recht (Stein § 74) bestimmt den Pflichttheil des Ehegatten auf ein Drittel des gesetzlichen Erbtheiles.

Nichtberücksichtigung des Voraus rc.

Daß der Pflichttheil des Ehegatten sich nicht auf den im § 1971 Abs. 3 bezeichneten Voraus bezieht, und auch nicht auf den Erbtheil, welcher dem Ehegatten als Verwandten des Erblassers zusteht (§ 1971 Abs. 2), fügt der Abs. 2 erläuternd hinzu. Die letztere Verdeutlichung ist nur der Vorsicht wegen räthlich. Auch die erstere Verdeutlichung kann entbehrlich erscheinen, denn der Ausdruck „Erbtheil" dürfte kaum gestatten, das in dem Voraus dem Ehegatten zugesprochene gesetzliche Vorausvermächtniß als eine hinzutretende zweite Erbportion zu behandeln. Da jedoch, um zu diesem Ergebnisse zu gelangen, eine strenge Festhaltung des Begriffes des Erbtheiles erfordert wird und es nicht fern liegt, den Begriff in einem weiteren Sinne zu verstehen, so ist die Aufnahme der Vorschrift rathsam. In der Sache selbst kann nicht zweifelhaft sein, daß die Billigkeit und die Rücksicht auf den regelmäßig anzunehmenden Willen des Erblassers, welche den Voraus rechtfertigen, nicht dahin führen, dem Ehegatten einen Werthbruchtheil des Voraus, unabhängig von dem Willen des Erblassers, zu sichern. Ueber die sonst in Ansehung des Voraus im Pflichttheilsrechte sich erhebenden Fragen vergl. § 1987.

§ 1976.

2. Wirkung.

Daß das Pflichttheilsrecht auf die von dem Erblasser durch Erbeinsetzung oder durch Ausschließung von der Erbfolge vorgenommene Ordnung der Erbfolge keinen Einfluß hat (Abs. 1), unbeschadet jedoch der Vorschriften, welche die Anfechtung wegen Irrthumes in den Voraussetzungen, wegen irrthümlicher Uebergehung Pflichttheilsberechtigter und die Anfechtung des Erbeinsetzungsvertrages seitens der im § 1784 bezeichneten Personen regeln (vergl. §§ 1781, 1782, 1949), ist nur eine Folge der zum § 1975 bereits dargelegten Auffassung, und zwar eine nur negative Folge. Diese Folge auszusprechen (vergl. preuß. A. L. R. II, 2 § 436, Mot. dazu bei Siewert Heft 1 S. 67; Entsch. d. Ob. Trib.

[1]) Windscheid § 580 Anm. 2; Brinz § 405; Roth § 342 Anm. 70.

[2]) Abweichend Mommsen § 478 ein Drittel, in Konkurrenz mit Abkömmlingen wie das sächs. G. B.

Bd. 33 S. 39) ist angemessen, schon um den prinzipiellen Standpunkt, von welchem insbesondere das gemeine Recht und viele neuere Gesetzgebungen abweichen, klarzustellen.

Nur Anspruch auf eine Geldleistung.

Der zweite Absatz giebt, außer der Definition des Pflichttheilsanspruches, der ebenfalls zum § 1975 bereits dargelegten Auffassung des Entwurfes, daß das Pflichttheilsrecht nur einen Anspruch gegen den Erben auf eine Geldleistung gewährt, besonders Ausdruck. Die Voranstellung dieses Grundsatzes dient zum besseren Verständnisse des Gesetzes. Der nähere Inhalt des Anspruches wird in den §§ 1978 ff. geregelt. Ueber den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruches bestimmt der § 1992.

§ 1977.

3. Bedeutung der Zuwendung des Pflichttheiles.

Die aufgestellte Auslegungsregel, daß die Zuwendung des Pflichttheiles ohne nähere Bestimmung als Erbeinsetzung im Zweifel nicht anzusehen ist, erscheint geboten, um zu befürchtenden Streitigkeiten vorzubeugen. Wird nur der Pflichttheil zugewendet, so kann, bei wörtlicher Auslegung der Verfügung, eine Erbeinsetzung nicht wohl angenommen werden, da der Pflichttheil von dem Erbtheile wesentlich verschieden ist. Sehr häufig wird aber der Pflichttheilsberechtigte in einem solchen Falle die gesichertere Stellung als Erbe erstreben. Soweit thunlich, muß die Stellung des Pflichttheilsberechtigten in einem solchen Falle klargestellt werden. Eine dispositive Vorschrift kann aber nicht gegeben werden, da eine Erklärung der bezeichneten Art nicht lückenhaft, sondern nur ihrem Sinne nach zweifelhaft ist.

§ 1978.

II. Gestaltung im Einzelnen.

1. Einfache Ausschließung.

Eine besondere Vorschrift für den Fall, daß der Pflichttheilsberechtigte lediglich von der Erbfolge ausgeschlossen ist, kann, weil es sich nur um einen Folgesatz des § 1976 handelt, entbehrlich erscheinen. Indessen ist die Aufnahme der Vorschrift rathsam, um ein vollständiges Bild zu gewähren, und um das Verständniß des § 1980 zu erleichtern. Die Worte „von der Erbfolge ausgeschlossen ist“ decken auch den Fall, daß ein Anderer als Erbe nur zu einem Bruchtheile eingesetzt ist, im Uebrigen also die gesetzliche Erbfolge eintritt. Wie die §§ 1980, 1982 ergeben, ist zur Anwendung der Vorschrift überdies die Negative erforderlich, daß dem Pflichttheilsberechtigten ein Vermächtniß nicht zugewendet ist. Diese Negative als Voraussetzung der Vorschrift aufzunehmen, würde bedenklich sein, weil dadurch eine unrichtige Auffassung in Ansehung der Beweislast sich ergeben möchte.

§ 1979.

2. Einsetzung auf einen zu geringen Bruchtheil.

Indem ausgesprochen wird, welche Wirkung es hat, wenn der Pflichttheilsberechtigte auf einen Erbtheil beschränkt ist, welcher hinter der Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles zurückbleibt, wird im Zusammenhange mit dem § 1978 erkennbar, daß in Höhe des Bruchtheiles, in Ansehung dessen der Pflichttheilsberechtigte als unbeschränkter oder unbelasteter Erbe eingesetzt oder nicht aus-

geschlossen ist, ein Pflichttheilsanspruch nicht besteht. Gemeint ist, wie die §§ 1980, 1982 noch deutlicher erkennen lassen, daß der Pflichttheilsberechtigte auch nicht außerdem mit einem Vermächtnisse bedacht ist. Dieser Theil der Voraussetzung ist hier, wie im § 1978, nicht hervorgehoben zur Vermeidung einer unrichtigen Auffassung der Beweislast. Das Wort „beschränkt“ ist gewählt, um zugleich den Fall zu decken, in welchem ein Anderer als Erbe nur zu einem Bruchtheile eingesetzt ist, im Uebrigen also die gesetzliche Erbfolge eintritt. Die Bestimmung geht dahin, der Pflichttheilsberechtigte habe lediglich den Anspruch gegen die Miterben auf Zahlung des Geldwerthes desjenigen Theiles der Erbschaft, um welchen der dem Pflichttheilsberechtigten hinterlassene Erbtheil hinter der Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles, also hinter dem Geldwerthe dieser Hälfte, zurückbleibt.

Wie bereits zum § 1975 (S. 385 ff.) dargelegt ist, geht der Entwurf davon aus, daß der Pflichttheilsberechtigte kein Recht hat auf die Stellung als Erbe; ihm steht vielmehr nur ein minderes obligatorisches Recht, ein Anspruch auf eine Geldleistung, zu. Erhält der Pflichttheilsberechtigte seinen Pflichttheilsbruchtheil als Erbe zur Hälfte seines gesetzlichen Erbtheiles, so erhält er damit selbstverständlich den Geldwerth jenes Bruchtheiles. Die Stellung als Erbe befähigt ihn, selbständig seinen Erbtheil in Geld umzusetzen. Wird der Pflichttheilsberechtigte genau auf diesen Bruchtheil eingesetzt, so steht ihm ein weiterer Anspruch nicht zu. Er ist insbesondere nicht befugt, durch Ausschlagung der Erbschaft sich den Geldanspruch zu verschaffen. Das Gleiche muß aber gelten, wenn ihm ein zu geringer Bruchtheil unbeschränkt und unbeschwert hinterlassen ist, in Ansehung dieses Bruchtheiles. Denn dadurch, daß der Pflichttheilsberechtigte Erbe wird, wird ihm ein Mehr an Recht zu Theil im Vergleiche mit einem Anspruche auf Leistung des durch Schätzung zu ermittelnden Geldwerthes des ihm zustehenden Bruchtheiles. Ist der Berechtigte zu einem unzureichenden Bruchtheile eingesetzt, so gebührt ihm noch daneben der Anspruch gegen die Miterben auf Leistung des Werthes desjenigen Theiles der Erbschaft, um welchen der hinterlassene Bruchtheil hinter dem ihm gebührenden Bruchtheile zurückbleibt. Wenn ihm also beispielsweise ein Viertel gebührt und er auf ein Achtel eingesetzt ist, so hat er daneben den Anspruch gegen die Miterben auf Leistung des Geldwerthes des fehlenden Achtels. Daß der Pflichttheilsberechtigte den ihm hinterlassenen Bruchtheil wie eine Theilleistung zurückweist und das Ganze in Geld fordert, kann nicht zugelassen werden.

§ 1980.

3. Zuwendung durch unbeschränktes ꝛc. Vermächtniß.

Mit dem Falle, daß der Pflichttheilsberechtigte mit einem unbeschränkten und unbeschwerten Vermächtnisse bedacht ist, befaßt sich der § 1980. Die Voraussetzung, daß das Vermächtniß nicht beschränkt und nicht beschwert sei, ist nicht besonders ausgesprochen, ergiebt sich aber aus dem § 1982, welcher besonders bestimmt für den Fall, daß das Vermächtniß beschwert oder beschränkt ist.

Es mag nahe liegen, dem Erblasser die Befugniß einzuräumen, den Pflichttheilsberechtigten auch durch Zuwendung eines Vermächtnisses zu be-

friedigen, da auch das Vermächtniß ein Forderungsrecht gewährt (§ 1865). Der Entwurf hat sich gegen eine solche Regelung entschieden. Damit würde dem Erblasser ein von dem Willen des Pflichttheilsberechtigten unabhängiges Recht gewährt, dem Berechtigten ein Vermächtniß an Zahlungsstatt zu gewähren. Dies kann dem Pflichttheilsberechtigten in hohem Maße nachtheilig sein. Denn der Pflichttheilsberechtigte muß sich alsdann nicht nur eine durch Schätzung erfolgende Ermittelung des Werthes seines Erbbruchtheiles, sondern auch eine durch Schätzung erfolgende Ermittelung des Werthes des Vermächtnißgegenstandes gefallen und den ermittelten Werth als in Geld gezahlt gelten lassen. Dies ist schon deshalb bedenklich, weil erfahrungsmäßig eine sichere Aussicht nicht besteht, daß der Schätzungswerth durch Veräußerung des vermachten Gegenstandes erreicht wird. Dazu kommt, daß der vermachte Gegenstand nicht nothwendig ein Erbschaftsgegenstand sein muß, also noch eine besondere Schätzung dieses Gegenstandes hinzutreten müßte. Auf die wohlwollende und fürsorgliche Gesinnung des Erblassers zu vertrauen, ist um so weniger zulässig, als es sich hier um die Begrenzung der Befugnisse des Erblassers handelt. Nicht einmal in Ansehung eines Geldvermächtnisses kann eine Ausnahme gemacht werden. Deckt sich ein solcher Anspruch aus dem Geldvermächtnisse nach allen Richtungen mit dem Pflichttheilsanspruche, so ist die Ausnahme überflüssig. Gewährt der Anspruch aus dem Geldvermächtnisse in irgend einer Richtung geringere Rechte, so würde damit der Pflichttheilsberechtigte ohne Grund in seinen Rechten gekränkt. Der Entwurf gelangt dadurch, daß er dem mit einem Vermächtnisse bedachten Pflichttheilsberechtigten gestattet, falls er das Vermächtniß ausschlägt, den Pflichttheilsanspruch geltend zu machen (Satz 1), nicht nur zu einer größeren Einfachheit, sondern auch zu einer angemessenen Vermittelung zwischen denjenigen Rechten, welche dem Pflichttheilsberechtigten die Erbenstellung sichern, und denjenigen, welche ihm nur einen Werthanspruch gewähren.

Will sich indessen der Pflichttheilsberechtigte durch das Vermächtniß befriedigen lassen, so steht dem nichts entgegen (Satz 2). Da nach dem § 1867 das Recht aus dem Vermächtnisse kraft des Gesetzes vorläufig erworben wird, so kann der Berechtigte die Einwilligung nur dadurch ertheilen, daß er das Vermächtniß nicht ausschlägt oder durch Annahme seines Ausschlagungsrechtes sich begiebt. Die Einwilligung ist alsdann auf die von dem Erblasser gleichsam angebotene Annahme an Zahlungsstatt zum Schätzungswerthe des vermachten Gegenstandes zu beziehen, sodaß dieser Werth in Anrechnung kommt. Solange der Pflichttheilsberechtigte das Vermächtniß nicht ausgeschlagen hat, steht seinem Anspruche die Einrede entgegen, daß er durch das Vermächtniß befriedigt sei. Diese Einrede wird jedoch durch die Replik, daß das Vermächtniß von ihm ausgeschlagen sei, entkräftet. Hierüber wird nach der Fassung der Vorschrift „so ist der Anspruch insoweit ausgeschlossen, als der Geldwerth des Vermächtnisses reicht" kein Zweifel bleiben. Eines besonderen Hülfsmittels, den Pflichttheilsberechtigten zur Erklärung über die Ausschlagung oder Annahme des Vermächtnisses zu nöthigen, bedarf es nicht. Regelmäßig wird den Berechtigten das eigene Interesse zur Erklärung veranlassen, damit er in den Besitz des ihm Gebührenden gelange. Zudem ist der Verpflichtete in der Lage, den

Pflichttheilsberechtigten durch Anbieten der Leistung des Vermächtnisses in Verzug der Annahme des letzteren zu setzen. Geschieht dies, so äußert der Verzug so lange Wirkung, als das Vermächtniß nicht ausgeschlagen ist.

Wegen der Befugniß des Bedachten, das Vermächtniß auszuschlagen, wenn der Anfall noch nicht erfolgt ist, jedoch nicht vor dem Erbfalle, vergl. § 1873 Abs. 2 Satz 2 und S. 187.

§§ 1981, 1982.

4. Erbeinsetzung oder Vermächtniß unter Beschränkung 2c.

Die meisten geltenden Rechte lassen, wenn dem Pflichttheilsberechtigten ein Erbtheil oder ein Vermächtniß unter Beschränkungen oder Beschwerungen zugewendet ist, lediglich die Beschränkung oder Beschwerung wegfallen[1]). Der Entwurf, welcher schon in Ansehung der bedingten Erbeinsetzung, der Vor- und Nacherbschaft von vielen Rechten wesentlich abweicht, kann um so weniger in dieser Hinsicht auf das geltende Recht zurückgreifen, als auf diesem Gebiete dessen Reformbedürftigkeit nicht wohl anzuzweifeln ist[2]).

Der Wegfall der Beschränkungen und Beschwerungen führt zu einer Wirkung ganz anderer Art als die sonst bestimmten Wirkungen des Pflichttheilsrechtes. Der Nachlaß wird nicht mit einer Geldverpflichtung beschwert, sondern Verfügungen des Erblassers werden zu Falle gebracht. Dies geht über den Zweck des Pflichttheilsrechtes hinaus. Ohne genügenden Grund wird einer rechtsgeschäftlichen Verfügung des Erblassers die Wirksamkeit versagt, dem durch diese Verfügung Bedachten das ihm gewährte Recht entzogen; die Pflichttheilslast wird willkürlich auf diesen Bedachten gewälzt, während sie doch den Nachlaß im Ganzen zu treffen hat. Bei dieser Art der dinglichen Wirkung des Pflichttheilsrechtes wird das letztere in einer Art und Weise zur Geltung gebracht, welche nicht paßt zu der Art und Weise, in welcher in den gewöhnlichen Fällen das Pflichttheilsrecht geltend zu machen ist, nämlich durch Erhebung des persönlichen Anspruches. Bei einer solchen Regelung bleibt ferner kein Raum für die Anwendung der Vorschriften über Verjährung des Anspruches, über die Ausgleichungspflicht u. s. w., während diese Vorschriften eine gerechte und nothwendige Begrenzung des Pflichttheilsrechtes enthalten. Hiernach verdient es den Vorzug, die Uebereinstimmung mit den Grundsätzen der §§ 1978 ff. auch in dieser Beziehung festzuhalten. Demgemäß kann die beschränkte oder beschwerte Zuwendung des Bruchtheiles eines Erbtheiles oder eines Vermächtnisses zur Erfüllung der im § 1975 dem Erblasser auferlegten Hinterlassungspflicht nicht genügen. Es kann auch nicht unterschieden werden, ob die Beschränkung materielle oder nur mehr formelle Wirkungen hat, wie sich von der Ernennung eines Testamentsvollstreckers behaupten läßt. Denn im letzteren Falle hat der Pflichttheilsberechtigte weder das Recht der freien Ver-

[1]) So insbesondere das freilich nicht unbestrittene preuß. A. L. R. II, 2 §§ 398, 433, 516, II, 1 § 633, vergl. dazu Dernburg § 207 Anm. 3, Eccius § 248 Anm. 158 gegen Gruchot III S. 137, 138; ferner nach einer häufig vertretenen Auffassung das gemeine Recht, vergl. Schultzenstein S. 48 und dessen Allegate; das sächs. G. B. § 2585; die thüring. Erbgesetze; das österr. G. B. § 774; Mommsen § 503.

[2]) Vergl. Schultzenstein S. 208, 209, u. A.

fügung über den Nachlaß als Erbe, welches er ohne eine solche Beschränkung haben würde, noch einen festen Anspruch auf die Wertherstattung, während ihm doch das Eine oder das Andere gewährt werden muß. Dem Pflichttheilsberechtigten kann eine solche Einsetzung oder Zuwendung nicht ohne seinen Willen aufgedrängt werden; ihm muß mindestens freistehen, unter Ablehnung der Einsetzung oder Zuwendung lediglich den ihm zustehenden Geldanspruch geltend zu machen. Die hiernach nöthigen Vorschriften enthalten die §§ 1981, 1982. Bei deren Rechtfertigung ist des Näheren auf die einzelnen in Betracht kommenden Fälle einzugehen.

§ 1981.

Beschränkte, beschwerte, belastete Erbeinsetzung.

Ist der Pflichttheilsberechtigte zwar als Erbe eingesetzt, aber beschränkt, sei es durch Einsetzung eines Vorerben oder Nacherben, sei es durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers, sei es durch eine Theilungsanordnung, sei es dadurch, daß er nur als Ersatzerbe eingesetzt ist, oder ist er zwar als Erbe eingesetzt, aber beschwert durch ein Vermächtniß oder eine Auflage, oder ist er zwar als Erbe eingesetzt, aber einem anderen Pflichttheilsberechtigten wegen dessen Pflichttheilsanspruches verpflichtet, also belastet, so soll er, abweichend von dem Falle des § 1979, die Erbschaft ausschlagen und alsdann den Pflichttheilsanspruch geltend machen können, wie wenn er von der Erbschaft ausgeschlossen wäre (Abs. 1 Satz 1). Nicht unterschieden wird, ob dem Berechtigten als Erben genau die Hälfte seines gesetzlichen Erbtheiles oder ein geringerer oder größerer Bruchtheil hinterlassen ist. Dies beruht auf der auf S. 394, 395 zu den §§ 1981, 1982 dargelegten Auffassung.

Einbezogen sind die Fälle der §§ 1805, 1808 durch die Worte „Einsetzung eines Vorerben oder Nacherben“.

Die Ersatzberufung ist, solange sie nicht in Wirksamkeit getreten ist, einer aufschiebend bedingten Zuwendung, die anfechtbare Einsetzung einer auflösend bedingten Zuwendung gleich zu behandeln. Eines besonderen Ausdruckes hierfür bedarf es nicht.

In gleicher Weise wie die durch den Erblasser erfolgte Beschwerung muß die von dem Gesetze bestimmte Verpflichtung des selbst pflichttheilsberechtigten Erben in Ansehung des Pflichttheilsanspruches eines anderen Pflichttheilsberechtigten wirken.

Wegfall der Beschränkung ꝛc. mit allen Wirkungen.

Ist die den Grund des Ausschlagungsrechtes bildende Beschränkung, Beschwerung oder Pflichttheilslast vor dem Eintritte des Erbfalles erledigt, so kann sie selbstverständlich gar nicht in Betracht kommen, da die Verfügung von Todeswegen erst mit dem Eintritte des Erbfalles überhaupt in Wirksamkeit tritt, mithin als von der Beschränkung u. s. w. befreit anzusehen ist. Nach den allgemeinen Grundsätzen muß der Erledigung vor dem Erbfalle die Erledigung nach dem Erbfalle dann gleichstehen, wenn die Beschränkung u. s. w. in einer Weise sich erledigt, daß sie von Anfang an jede Wirkung verliert, also derjenige Rechtszustand hergestellt wird, welcher in dem erstbezeichneten Falle vorhanden sein würde. Diese Folge wird wegen der Wichtigkeit des Falles besonders ausgesprochen (Abs. 1 Satz 2). Die Worte „mit allen Wirkungen

weggefallen" weisen darauf hin, daß der Wegfall rückwirkende Kraft haben muß, wenn die Vorschrift Anwendung finden soll. Die Voraussetzungen der Vorschrift liegen also nicht vor, wenn die Einsetzung als Nacherbe erst nach dem Erbfalle wirksam wird, wohl aber insbesondere in folgenden Fällen: wenn die der Erbeinsetzung beigefügte auflösende Bedingung ausfällt, wenn die Ersatzberufung eines Anderen wegfällt, wenn der Fall der Ersatzberufung des Berechtigten eingetreten ist, wenn die aufschiebende Bedingung, unter welcher der Pflichttheilsberechtigte eingesetzt war, oder wenn der Anfangstermin eingetreten ist, wenn die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder die Theilungsanordnung unwirksam geworden ist, wenn das Vermächtniß in Folge der Ausschlagung des Bedachten oder aus anderen Gründen ohne Wirkung ist, wenn die Auflage weggefallen ist, u. s. w. In solchen Fällen ist auch der Grund für das Ausschlagungsrecht des Pflichttheilsberechtigten weggefallen; der nunmehr befriedigte Pflichttheilsberechtigte kann sich nicht mehr durch Ausschlagung der Einsetzung den Pflichttheilsanspruch verschaffen. Ist aber die Ausschlagung bereits während der Schwebezeit erfolgt, so muß diese ihre Wirkungen behalten, sowohl zu Gunsten als zu Ungunsten des Pflichttheilsberechtigten, da die Ausschlagungserklärung unwiderruflich (§ 2039) und die Beifügung einer Bedingung nicht gestattet ist (§ 2035). Dem Pflichttheilsberechtigten ist jedoch in einem solchen Falle die Befugniß gewährt, die Ausschlagungserklärung anzufechten (§ 2040).

Wird der Erbtheil ausgeschlagen, so findet der § 1876 Anwendung (vergl. § 1996 Abs. 2).

Wirkung der Nichtausschlagung.

Die Zweifel, welche sich erheben, wenn die beschränkte, beschwerte oder belastete Erbschaft nicht ausgeschlagen ist, werden dahin gelöst, daß alsdann dem Pflichttheilsberechtigten ein Pflichttheilsanspruch nur insoweit zusteht, als der zugewendete Erbtheil die Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles nicht erreicht. Für die Berechnung dieses dem Pflichttheilsberechtigten verbleibenden Anspruches wird der nicht ausgeschlagene Erbtheil so in Rechnung gestellt, als wäre derselbe nicht beschränkt, nicht beschwert oder nicht (mit einem Pflichttheilsanspruche) belastet (Abs. 2).

Der Pflichttheilsberechtigte kann in einem solchen Falle den ihm zugewendeten Erbtheil oder die ihm zugewendete Erbschaft annehmen und sich dadurch die dem Pflichttheilsberechtigten an sich nicht zustehenden Rechte als Miterbe oder Erbe verschaffen; alsdann erlangt er insbesondere das wichtige Recht auf Aufhebung der Gemeinschaft. Nimmt der Berechtigte an, so verliert er den Pflichttheilsanspruch, es sei denn, daß der ihm zugewendete Bruchtheil des gesetzlichen Erbtheiles den Pflichttheilsbruchtheil nicht erreicht. In dem Ausnahmefalle behält er den nach dem § 1979 ihm zustehenden Anspruch auf Zahlung des Geldwerthes des mangelnden Bruchtheiles. Diese Ausnahme beruht auf Billigkeitsrücksichten.

Bei Prüfung der einzelnen Fälle ergiebt sich Folgendes:

Beschränkung.

I. Dem Berechtigten ist eine Beschränkung durch Einsetzung eines Vorerben oder Nacherben, durch Beifügung einer auflösenden Bedingung oder eines Endtermines oder durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder durch eine Theilungsanordnung auferlegt. Bei der Ermittelung des anzunehmenden

Werthes des Hinterlassenen die Beschränkung gleichfalls in Rechnung zu stellen, wäre vielleicht noch im Falle der Beifügung eines festen Endtermines ausführbar; in allen anderen bezeichneten Fällen würde aber die Feststellung des werthmindernden Einflusses der Beschränkung kaum durchgeführt werden können und jedenfalls großen Schwierigkeiten unterliegen. Im Interesse einer einfachen Gestaltung des Rechtsverhältnisses ist es daher geboten, eine solche Feststellung zu ersparen. Außer den Gründen äußerer Zweckmäßigkeit spricht dafür, daß dem Pflichttheilsberechtigten in der Stellung als Erbe gleichsam etwas angeboten wird, was das ihm Gebührende übersteigt. Das Angebot ist so aufzufassen, daß gegenüber dem Berechtigten der Vortheil dieses Mehr, welcher sich gleichfalls nicht berechnen läßt, den Nachtheil der Beschränkung ausgleichen soll. Der Berechtigte kann nur dieses Mehr im Ganzen annehmen oder im Ganzen ablehnen, nicht aber den Vortheil annehmen und den mit dem Vortheile untrennbar verbundenen Nachtheil von sich abwenden.

Für den Fall, daß der dem Erbfalle bald folgende Eintritt des Falles der Nacherbfolge für den Berechtigten den Vortheil der Vorerbschaft unter den Betrag des Pflichttheiles herabmindert, zu bestimmen, der Pflichttheilsberechtigte könne den Werthunterschied so fordern, als seien ihm nur die Zwischennutzungen vermacht, wäre nicht angemessen. Eine solche Unterscheidung würde, ganz abgesehen davon, daß sie das Gesetz verwickelt, nicht gerechtfertigt sein. Auch in diesem Falle mag der Pflichttheilsberechtigte erwägen, ob er die Stellung als Erbe (wenn auch nur als Vorerbe), welche einen nach dem Pflichttheilsrechte ihm nicht gebührenden Vortheil einschließt, als volle Befriedigung annehmen will; dann muß er aber auch den Nachtheil auf sich nehmen, welcher mit diesem Vortheile verbunden ist.

Den Fall, daß dem Pflichttheilsberechtigten als Nacherben ein Erbtheil hinterlassen ist, anders zu regeln, kann deshalb geboten erscheinen, weil in diesem Falle der Pflichttheilsberechtigte zur Zeit des Erbfalles nach dem § 2033 noch gar nicht in der Lage ist, die Nacherbschaft auszuschlagen. In dieser Hinsicht ist jedoch durch den § 1832 Abs. 2 Fürsorge getroffen, sodaß kein Anlaß besteht, auf den Gesichtspunkt des Wegfalles des Rechtsgrundes für den Fall des Eintrittes der Nacherbfolge näher einzugehen.

Ist der Pflichttheilsberechtigte als Ersatzerbe eingesetzt, so kann er nach dem § 2034 Abs. 2 sofort nach dem Erbfalle ausschlagen, auch wenn der Anfall an ihn noch nicht erfolgt ist.

Beschwerung mit Vermächtnissen oder Auflagen.

II. Der Berechtigte ist in dem bezeichneten Falle mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert. Zwischen diesem Falle und den zu I. erörterten Beschränkungen waltet ein tiefgreifender Unterschied ob. Die Beschränkung hängt untrennbar mit dem beschränkten Rechte zusammen und bildet eine Eigenschaft (Qualifikation) desselben. Die Annahme einer Erbschaft in Unkenntniß der von dem Erblasser bestimmten Beschränkungen ist unwirksam, da durch die Beschränkungen der Gegenstand der Annahmeerklärung sich ändert. Die Beschwerung hingegen gründet sich in einer selbständigen Verfügung des Erblassers. Das Recht des Beschwerten wird durch die Beschwerung in seinem Wesen nicht geändert. Demgemäß läßt die Unkenntniß von einer Beschwerung der Annahmeerklärung des Beschwerten an sich ihre volle Wirksamkeit. Nichts-

destoweniger ist es gerechtfertigt, die Fälle der Beschwerung ebenso zu behandeln wie die Fälle der Beschränkung. Die zu I. angeführten Gründe treffen auch in Ansehung der Beschwerung im Wesentlichen zu. Soll dem Willen des Erblassers in den Grenzen des gesetzlich Gestatteten möglichst Geltung verschafft werden, so wird derselbe so zu verstehen sein, als hätte der Erblasser dem Pflichttheilsberechtigten, gleichsam unter Voraussetzung der gemeinrechtlichen cautela Socini, die Wahl gelassen, entweder den Erbtheil gerade so zu nehmen, wie er ihm angeboten ist, also mit der Beschwerung, oder den Anspruch auf den vollen Pflichttheil in Geld, unter Ausschlagung des Erbtheiles, zu erheben. Der Umstand, daß die Werthermittelung bei Beschwerungen meist weniger schwierig ist, als bei Beschränkungen, kann daran nichts ändern. Eine anomale dingliche Wirkung würde auch dann dem Pflichttheilsrechte nicht beigelegt werden, wenn dem Pflichttheilsberechtigten die Befugniß beigelegt würde, aus dem Erbtheile zunächst sich selbst in Ansehung seines Pflichttheiles zu befriedigen. Denn die beschwerenden Anordnungen des Erblassers behalten ihre Gültigkeit und Wirksamkeit. Aehnlich wie im Falle des § 1876 würde auch hier eine Uebertragung der Verpflichtung auf andere Personen stattfinden; das Recht aus der Beschwerung würde also materiell nicht berührt und dagegen der Vortheil für den Pflichttheilsberechtigten erreicht werden, daß derselbe nicht auf ein persönliches Forderungsrecht beschränkt ist, sondern in der Stellung als Erbe sich auf einem gesicherteren und unmittelbareren Wege den ihm gebührenden Betrag verschaffen kann. Aber damit würde doch dem Pflichttheilsberechtigten ein Vortheil anomaler Natur zugestanden werden; dies ließe sich nicht rechtfertigen und würde unüberwindliche Schwierigkeiten in Ansehung der Verjährung des Pflichttheilsanspruches schaffen.

Eine Schwierigkeit bleibt freilich bei dem angenommenen Grundsatze. Nicht ausgeschlossen ist, daß eine Beschwerung dem Pflichttheilsberechtigten erst später, vielleicht nach Jahren zur Kenntniß gelangt. Die Annahme des Erbtheiles seitens des Pflichttheilsberechtigten unterscheidet sich von der gewöhnlichen Annahme einer Erbschaft darin, daß, während sonst die Annahme der Erbschaft dem Erben nur das definitive Recht als Erbe gewährt und dadurch dem Erben bei ordnungsmäßigem Verfahren eine Schädigung in der Regel nicht erwachsen kann, der Pflichttheilsberechtigte durch die Annahme der Geltendmachung seines Pflichttheilsanspruches beraubt wird. Indessen ist im § 2034 Abs. 1 dem Pflichttheilsberechtigten für einen solchen Fall geholfen, da nach dieser Vorschrift die Ausschlagungsfrist erst läuft, nachdem er von der Beschwerung Kenntniß erlangt hat.

Verpflichtung für den Pflichttheil eines anderen Pflichttheilsberechtigten.

III. Der Pflichttheilsberechtigte ist einem anderen Pflichttheilsberechtigten wegen dessen Anspruches auf den Pflichttheil verpflichtet. Diese kraft des Gesetzes eintretende Beschwerung muß auch im Falle der Nichtausschlagung der Erbschaft oder des Erbtheiles ebenso behandelt werden, wie die seitens des Erblassers bewirkte Beschwerung. Jedenfalls ist es nicht zulässig, diese Last mit dinglicher Wirkung zu ermäßigen. Denn der Grundsatz, daß die Pflichttheilslast auf dem Nachlasse ruht und jeden Erben nach Verhältniß seines Erbtheiles trifft (§ 1994), darf auch dann keine Ausnahme erleiden, wenn der haftbare Erbe selbst pflichttheilsberechtigt ist. In Frage kann nur kommen, ob eine

Ausgleichung unter den Erben auf Grund des anzunehmenden Willens des Erblassers stattzufinden hat, durch welche der pflichttheilsberechtigte Erbe, soweit sein eigener Pflichttheil gemindert werden würde, von der Theilnahme an der Pflichttheilslast frei wird. Von einer solchen Ausgleichung kann nur die Rede sein, wenn der pflichttheilsberechtigte Erbe nicht Alleinerbe ist. Die Frage muß indessen verneint werden, denn es ist davon auszugehen, der Erblasser habe dem auf einen Erbtheil eingesetzten Pflichttheilsberechtigten diesen Erbtheil so anbieten wollen, wie derselbe nach dem Gesetze sich gestaltet. Der Erblasser kann den selbst pflichttheilsberechtigten Erben auf Kosten der Miterben erleichtern, natürlich nur mit obligatorischer Wirkung unter den Miterben; eine solche Erleichterung muß aber von dem Erblasser wirklich angeordnet sein und kann nicht vermuthet werden.

Auch in Ansehung der dem Berechtigten nicht bekannt gewesenen Pflichttheilslast gegenüber einem anderen Pflichttheilsberechtigten sieht der § 2034 vor. Im Falle der Annahme des so belasteten Erbtheiles seitens des Pflichttheilsberechtigten kommt der § 1876 nicht in Betracht, da der Annehmende von der Belastung nicht frei wird.

Den Pflichttheilsbruchtheil übersteigender Erbtheil.

Uebersteigt der dem Pflichttheilsberechtigten hinterlassene Erbtheil die Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles, so muß der § 1981 um so mehr zur Anwendung kommen, als in diesem Falle der der cautela Socini entsprechende Wille des Erblassers noch deutlicher hervortritt.

§ 1982.

Beschränkte Vermächtnißzuwendung.

Der mit einem Vermächtnisse bedachte Pflichttheilsberechtigte kann stets das Vermächtniß ausschlagen, mag dasselbe groß oder klein, belastet oder unbelastet, beschränkt oder unbeschränkt sein, und den Pflichttheilsanspruch erheben, wie wenn ihm nichts hinterlassen wäre.

Nimmt der so Bedachte ein unbeschränktes und unbeschwertes Vermächtniß an, so ist der Pflichttheilsanspruch insoweit ausgeschlossen, als der Geldwerth des Vermächtnisses reicht. Der Anspruch ist also völlig beseitigt, wenn der Geldwerth des Vermächtnisses dem Geldwerthe des Pflichttheilsbruchtheiles gleichkommt oder noch darüber hinausgeht. Dies erhellt aus dem § 1980. Ist das Vermächtniß aber beschränkt oder beschwert, so wird durch dessen Annahme der Pflichttheilsanspruch beseitigt, es sei denn, daß der Geldwerth des Vermächtnisses, berechnet ohne Rücksicht auf die Beschwerung oder Beschränkung, den Geldwerth des Pflichttheilsbruchtheiles nicht erreicht. In letzterem Falle bleibt in Ansehung des Werthunterschiedes der Pflichttheilsanspruch bestehen.

Auch im Falle der Nichtausschlagung des beschränkten oder beschwerten Vermächtnisses den § 1980 in der Weise anzuwenden, daß der wirkliche Werth des Vermächtnisses als in Zahlung angeboten angesehen wird, also der Werth unter Berücksichtigung der Beschränkung oder Beschwerung, erscheint nicht zulässig. In vielen Fällen würden sich große Schwierigkeiten der Schätzung ergeben. Mitunter wird eine Schätzung gar nicht möglich sein. Nicht selten würde eine Zwischenzeit der Ungewißheit eintreten und erst nachträglich eine

Werthermittelung möglich werden. Dazu kommt, daß es sich, soweit die Grenzen der Testirfreiheit des Erblassers reichen, um dispositives Recht handelt, also mit dem anzunehmenden Willen des Erblassers zu rechnen ist. Wendet der Erblasser dem Pflichttheilsberechtigten einen Gegenstand unbeschwert und unbeschränkt zu, so kann man wohl annehmen, er wolle ihm diesen Gegenstand seinem Werthe nach in Anrechnung auf den Pflichttheil anbieten. Ist aber das Vermächtniß beschwert oder beschränkt, so ist mit Rücksicht auf die Unzweckmäßigkeit und die praktischen Schwierigkeiten der Werthermittelung nicht wohl anzunehmen, daß dem Erblasser das Anbieten einer Leistung als Erfüllung an Zahlungsstatt vorgeschwebt habe. Weit eher läßt sich davon ausgehen, der Erblasser habe einen der cautela Socini entsprechenden Willen gehabt. Demgemäß kann auch darauf kein Gewicht gelegt werden, daß dem Pflichttheilsberechtigten durch Anbieten eines so beschwerten oder beschränkten Vermächtnisses nicht anderweite Vortheile, wie durch Anbieten eines Erbtheiles geboten werden, und daß das beschränkte oder beschwerte Vermächtniß, wenn es angenommen wird, in gleicher Art wirkt, wie das unbeschränkte und unbeschwerte, obschon dem Pflichttheilsberechtigten nicht dessen voller Geldwerth zufällt, vielmehr nur der Werth, welcher nach Abzug der Beschwerungen oder Beschränkungen übrig bleibt. Daß der Pflichttheilsberechtigte das Vermächtniß auch dann ausschlagen kann, wenn dasselbe aufschiebend bedingt oder sonst noch nicht angefallen ist, erhellt aus dem § 1873 Abs. 2 Satz 2.

Ersatzberufung.

Von der Ersatzberufung in Ansehung eines Vermächtnisses gilt ebenfalls das S. 395 in Ansehung der Ersatzberufung auf den hinterlassenen Erbtheil Bemerkte. Solange die Ersatzberufung nicht in Wirksamkeit getreten ist, liegt eine aufschiebend bedingte Zuwendung vor. Die anfechtbare Vermächtnißzuwendung ist auch hier einer auflösend bedingten Zuwendung gleichzustellen.

Größerer oder geringerer Werth des Zugewendeten.

In Ansehung des dem Pflichttheilsberechtigten beschränkt oder beschwert zugewendeten Vermächtnisses kann es gleichfalls einen Unterschied nicht machen, ob dasselbe genau den Werth des Pflichttheilsbruchtheiles erreicht oder dahinter zurückbleibt oder ob eine Mehrzuwendung vorliegt (vergl. S. 395).

Ausschlagungsfrist.

Zu prüfen bleibt, ob nicht zu bestimmen sei, daß die Ausschlagung des hinterlassenen Erbtheiles oder des hinterlassenen Vermächtnisses bei Verlust des Pflichttheilsanspruches innerhalb der für die Erbschaftsausschlagung bestimmten gesetzlichen Frist erklärt werden müsse. In Ansehung des Erbtheiles bedarf es besonderer Vorschriften jedenfalls nicht. Ist aber ein Vermächtniß hinterlassen, so würde durch die Aufnahme einer derartigen Vorschrift der Pflichttheilsberechtigte mit einem Rechtsnachtheile bedroht, welcher ihn als Vermächtnißnehmer nach dem § 1873 sonst nicht trifft. Aus der Verzögerung der Entscheidung können sich Unzuträglichkeiten für den Erben ergeben, z. B. wegen des Tragens der Gefahr, wegen der Erhaltung des vermachten Gegenstandes, wegen der Verfügung zum Zwecke der Liquidirung des Nachlasses und dergl. Diese Unzuträglichkeiten rechtfertigen indessen eine solche Vorschrift nicht (vergl. S. 186).

Uebertragbarkeit, Vererblichkeit des Rechtes.

In Ansehung der Uebertragbarkeit und Vererblichkeit des Rechtes des Pflichttheilsberechtigten, anzunehmen oder auszuschlagen, bestimmt der Entwurf im § 1992. Die Aufnahme von besonderen Vorschriften an dieser Stelle ist

nicht erforderlich. In allen Fällen, in welchen dem Pflichttheilsberechtigten nicht der ihm gebührende Bruchtheil des gesetzlichen Erbtheiles unbeschränkt und unbeschwert gewährt, sondern ihm in anderer Weise etwas hinterlassen ist, erwirbt der Pflichttheilsberechtigte mit dem Eintritte des Erbfalles einmal definitiv den Pflichttheilsanspruch und dann den der Ausschlagung unterworfenen, vielleicht auch aufschiebend bedingten Anspruch aus der Hinterlassung. Solange der Berechtigte das Hinterlassene noch nicht ausgeschlagen hat, ist er nur in der Geltendmachung des Pflichttheilsanspruches gehindert. Der Pflichttheilsanspruch entsteht schon mit dem Eintritte des Erbfalles (§ 1992 Abs. 1); die Entstehung ist nicht als bis zur Entscheidung der Ausschlagungsfrage hinausgeschoben anzusehen. Würde das Letztere angenommen, so müßten sich Schwierigkeiten in Ansehung der Verjährung ergeben. Dem Pflichttheilsberechtigten kann nicht gestattet werden, durch Hinausschiebung seiner Willensentscheidung den Beginn der Verjährung hinauszuschieben. Andererseits würde es eine Anomalie sein, wenn die Verjährung bereits zu einer Zeit beginnen sollte, in welcher die Forderung noch nicht besteht, auch deren Entstehung nicht von dem bloßen Wollen des Berechtigten abhängt (§ 158 Motive zum Allg. Th. S. 308, 309), — eine Anomalie, welche zu vermeiden ist. Der Pflichttheilsanspruch kann ganz oder theilweise durch Annahme des Hinterlassenen seitens des Berechtigten wegfallen. Nimmt der Pflichttheilsberechtigte das Hinterlassene an und beseitigt er damit den Pflichttheilsanspruch, so erwirbt er statt desselben das ihm Hinterlassene.

Darüber, wie die Pflichttheilslast zu tragen ist, wenn der Pflichttheilsberechtigte das ihm Hinterlassene ausschlägt, vergl. die §§ 1996—1998.

Gesetzliche Erbfolge in Folge der Ausschlagung.

Wenn in Folge der Ausschlagung des Hinterlassenen auf Grund der nunmehr eintretenden gesetzlichen Erbfolge der Pflichttheilsberechtigte gesetzlicher Erbe ist, so kann der Ausschlagende insofern leicht gefährdet werden, als er das ihm auf Grund der gesetzlichen Erbfolge Anfallende nach dem § 2038 Abs. 1, 2 noch besonders ausschlagen muß. Die Nothwendigkeit einer zweiten Ausschlagung kann dem Pflichttheilsberechtigten leicht entgehen und er kann alsdann möglicher Weise seinen Pflichttheilsanspruch ganz verlieren, wenn der durch Beschwerungen erschöpfte gesetzliche Erbtheil in Ermangelung einer zweiten Ausschlagung als von ihm angenommen gilt. Eine solche Gefährdung kann indessen auch in anderen Fällen als im Falle der Pflichttheilsberechtigung eintreten. Deshalb ist für alle diese Fälle im § 2038 Abs. 3 besonders vorgesehen. Eine Vorschrift dahin, daß der ausschlagende Pflichttheilsberechtigte durch die Ausschlagung auch von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, würde nicht angemessen sein; sie könnte unter Umständen zum Nachtheile des Pflichttheilsberechtigten gereichen und demselben werthvolle Erbtheile entziehen, z. B. wenn die Erbeinsetzungen zum Theil nachträglich unwirksam geworden sind.

§ 1983.

III. Nur ein Pflichttheil für denselben Stamm.

Demselben Stamme darf nicht zweimal ein Pflichttheil gewährt werden. Dies wird, in Zusammenfassung der verschiedenen Fälle, insbesondere auch

der §§ 1981, 1982, dahin ausgedrückt, daß, wenn für einen Abkömmling der Pflichttheilsanspruch begründet oder in Folge einer Zuwendung ausgeschlossen ist, den Abkömmlingen dieses Abkömmlinges sowie den Eltern des Erblassers ein Pflichttheilsrecht nicht zusteht.

Mit Rücksicht auf die §§ 1972, 1992 Abs. 2 ist eine Vorschrift schon deshalb erforderlich, weil, wenn es in Folge der Ausschlagung so angesehen wird, als sei der Ausschlagende vor dem Erblasser gestorben, der Zweifel nahe liegt, ob nicht mehrere Pflichttheilsansprüche für denselben Stamm geltend gemacht werden können. Damit aber würde die auf dem Nachlasse ruhende Last, entgegen dem Zwecke des Pflichttheilsinstitutes, vervielfacht werden können. Die Fassung des § 1975 würde ohne diese Vorschrift sehr wohl zu einer solchen, deshalb ausdrücklich abzulehnenden Auffassung Anlaß geben können. Die Ausschlagung des Pflichttheilsberechtigten hat also in den bezeichneten Fällen in Ansehung des statt seiner einrückenden Pflichttheilsberechtigten dieselbe Wirkung wie die Annahme.

Außer dem Falle der Ausschlagung seitens des Pflichttheilsberechtigten müssen aber alle Fälle, in welchen in Folge des Verzichtes oder der Erbunwürdigkeitserklärung eines vorgehenden gesetzlichen Erben vermöge der eintretenden successio gradus et ordinis in dem nunmehr berufenen gesetzlichen Erben die Voraussetzungen für das Pflichttheilsrecht des letzteren sich erfüllen würden, getroffen werden. Für alle diese Fälle wird das Pflichttheilsrecht des nunmehr berufenen Erben verneint, mag derselbe in Wirklichkeit zur Erbschaft gelangen oder nicht, falls der vorgehende gesetzliche Erbe wegen seines gesetzlichen Erbrechtes befriedigt ist, sei es durch den ihm erworbenen Pflichttheilsanspruch, sei es durch die ihm zum Zwecke seiner Befriedigung wegen des Pflichttheiles gemachten Zuwendungen. Denn durch die Befriedigung oder die als Befriedigung anzusehende Hinterlassung des unbeschränkten und unbeschwerten Pflichttheilsbruchtheiles (§ 1975) an den vorgehenden Pflichttheilsberechtigten ist die Hinterlassungspflicht des Erblassers erschöpft. In allen diesen Fällen muß ausgeschlossen bleiben, daß die eintretende successio gradus et ordinis zu einer Vervielfältigung der Pflichttheilslast führt.

Pflichttheilsentziehung.

Der Fall der Pflichttheilsentziehung ist nicht dem Falle gleichzusetzen, daß der Pflichttheilsberechtigte wegen seines Pflichttheiles befriedigt wird. Eine Pflichttheilsentziehung kann in Verbindung mit solchen Zuwendungen vorkommen, welche der Erblasser dem Bedachten als einem Unberechtigten und nicht an Zahlungsstatt auf den Pflichttheil hat machen wollen. Es versteht sich von selbst und bedarf nicht eines besonderen Ausdruckes, daß von der Annahme derartiger Zuwendungen nicht das Gleiche gilt.

Theilweise Entziehung des Pflichttheiles.

Auszusprechen, daß, wenn der Erblasser den Pflichttheil, obschon er dazu berechtigt ist, einem Abkömmlinge nicht gänzlich, sondern nur theilweise entzogen hat, in den hier in Rede stehenden Fällen der Pflichttheil der entfernteren Abkömmlinge und der Eltern um den dem ersteren Abkömmlinge belassenen Theil des Pflichttheiles sich mindert, ist für entbehrlich erachtet. Es handelt sich um eine jedenfalls nur selten zur Anwendung kommende Folgerung, welche klarzustellen deshalb nicht erforderlich ist. Auch ohne eine Anleitung im Gesetze wird nicht verkannt werden, daß die nur theilweise Ent-

ziehung des Pflichttheiles ähnlich wirkt wie eine nur theilweise Ausschließung von der gesetzlichen Erbfolge.

§ 1984.

IV. Berechnung.

1. Mitzuzählende Personen.

Behufs Feststellung der Größe des Pflichttheiles muß bestimmt werden, welche Personen mitzuzählen sind.

Es sollen mitgezählt werden diejenigen, welche die Erbschaft ausgeschlagen haben oder durch letztwillige Verfügung des Erblassers oder durch Erbverzicht von der Erbfolge ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt sind[1]).

Die Ausschließung durch letztwillige Verfügung deckt sowohl den Fall, daß der Pflichttheilsberechtigte thatsächlich nicht Erbe wird nur wegen dieses Grundes, als den Fall, daß der Berechtigte als Erbe eingesetzt war, aber, weil er mit Beschränkungen, Beschwerungen oder Belastungen eingesetzt war, ausschlägt.

Daß es sich nur um die Berechnung des Pflichttheilsbruchtheiles handelt, machen die Worte „bei der Feststellung der Größe des Pflichttheiles" erkennbar. Dadurch wird die Auffassung ausgeschlossen, als sollten auch in Ansehung der Frage, ob das Pflichttheilsrecht zusteht, diejenigen gesetzlichen Erben mitgezählt werden, welche ausschlagen, in Folge vertragsmäßigen Verzichtes nicht Erben werden, für erbunwürdig erklärt sind, oder welchen der Pflichttheil entzogen ist.

Die Gestaltung der gesetzlichen Erbfolge, wie solche in Ermangelung einer Verfügung des Erblassers von Todeswegen eintreten würde, bildet die nothwendige Grundlage für die Gestaltung des Pflichttheilsrechtes. Diese Beziehung zwischen gesetzlicher Erbfolge und Pflichttheilsrecht erhellt bereits aus dem § 1975. Steht dem Pflichttheilsberechtigten das Recht auf die gesetzliche Erbfolge in Gemeinschaft mit anderen Personen zu, so scheidet nach dem § 1972 derjenige, welcher ausschlägt oder auf sein Erbrecht verzichtet hat, von der Erbfolge ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt ist, in der Weise aus, als wäre er vor dem Erblasser gestorben. Dieses Ausscheiden beruht auf Thatsachen, welche Ausnahmefälle zur Voraussetzung haben. Treten derartige Thatsachen ein, so wird im einzelnen Falle die gesetzliche Erbfolge modifizirt. Es kann zweifelhaft erscheinen, ob das Pflichttheilsrecht nach der einfachen

---

[1]) Wegen des rechtmäßig Enterbten vergl. Windscheid § 585 Anm. 9; Roth § 342 Anm. 104; preuß. A. L. R. II, 2 § 417; sächs. G. B. § 2571; goth. Ges. § 64 Abs. 2, u. A.; für Nichtmitzählung bayr. L. R. III, 3 § 15 Nr. 3; österr. G. B. § 767; Mommsen §§ 472, 497; — wegen des Ausschlagenden Roth § 342 Anm. 106; für preuß. A. L. R. Eccius § 248 Anm. 57; sächs. G. B. § 2571; Mommsen § 474; für Nichtmitzählung bayr. L. R. III, 3 § 15 Nr. 5; — wegen des Verzichtenden preuß. A. L. R. II, 2 § 488; bayr. L. R. III, 3 § 15 Nr. 3; für Nichtmitzählung Windscheid § 580 Anm. 4; Roth § 342 Anm. 114; österr. G. B. § 767; Mommsen § 472; goth. Ges. § 64 und sächs. G. B. §§ 2571, 2572 (falls er nicht eine Abfindung erhielt); — wegen des Erbunwürdigen Roth § 342 Anm. 5; für preuß. A. L. R. Eccius § 279 Anm. 23; für Nichtmitzählung österr. G. B. § 767; bayr. L. R. III, 3 § 15 Nr. 3; Mommsen § 472.

oder nach der modifizirten gesetzlichen Erbfolge zu bemessen ist. Das geltende Recht entscheidet überwiegend dahin, daß die einfache gesetzliche Erbfolge maßgebend ist; nur für den Fall des Erbverzichtes kann bestritten werden, daß das geltende Recht diese Neigung verrathe. Für die modifizirte gesetzliche Erbfolge läßt sich geltend machen, daß damit ein vollkommener Einklang zwischen der gesetzlichen Erbfolge und dem Pflichttheilsrechte erzielt wird. Dagegen sprechen indessen erhebliche Gründe.

Gründe für die Entscheidung.

Es kommt darauf an, daß jedem Erblasser erkennbar wird, wie weit er in seiner Verfügung gehen kann, ohne die ihm nach dem § 1975 obliegende Pflicht zu verletzen. Dieser Umstand spricht entscheidend gegen die Nichtmitzählung des Ausschlagenden, des Erbunwürdigen u. s. w. Denn der Erblasser kann nicht immer voraussehen, welche Modifikationen im einzelnen Falle eintreten werden, während er die Gestaltung der einfachen gesetzlichen Erbfolge, abgesehen von thatsächlichen Irrthümern, sehr wohl zu übersehen vermag. Würde freilich davon ausgegangen, die Berücksichtigung der Modifikationen sei das Natürliche, sie sei von vornherein gegeben und deren Nichtberücksichtigung sei eine nicht zulässige Erweiterung der Testirfreiheit des Erblassers, so würde die abgelehnte Entscheidung sich rechtfertigen. Allein diese Auffassung ist nicht die Auffassung des Entwurfes. Der Pflichttheilsberechtigte hat vielmehr an sich gar keinen Anspruch auf Berücksichtigung der Thatumstände, welche sich, unabhängig von seinem Willen oder seiner Mitwirkung, zutragen. Die Bestimmung des Pflichttheilsbruchtheiles an Thatsachen zu knüpfen, welche nur ausnahmsweise eintreten, und deren Eintritt mehr oder weniger durch den Willen der Betheiligten herbeigeführt wird, geht nicht an. Wird der ausschlagende Miterbe nicht mitgezählt, so wird der Willkür dieses Erben ein Einfluß auf den Umfang des Pflichttheiles beigemessen und eine definitive Berechnung auf lange Zeit hinaus unmöglich gemacht. Wird derjenige, welchem der Pflichttheil mit Grund entzogen ist, oder wird der Erbunwürdige nicht mitgezählt, so hat die Handlungsweise des Ausgeschlossenen oder Unwürdigen, welche mit solchen Folgen bedroht ist, mittelbar die Folge, daß der Pflichttheil eines anderen Berechtigten sich erhöht. Zweifel kann der Fall des vertragsmäßigen Erbverzichtes hervorrufen. Am nächsten liegt es jedoch, den vorausgehenden Erbverzicht ebenso zu behandeln, wie die nachfolgende Ausschlagung. Würde für den Verzicht gegen Entgelt mit dem sächs. G. B. § 2572 ein Anderes bestimmt, so würde die Einfachheit des Gesetzes gestört und Anlaß gegeben zu Streitigkeiten. Demgegenüber kann nicht entscheidendes Gewicht darauf gelegt werden, daß der entgeltliche Verzicht sich als eine theilweise antizipirte Erbfolge darstellt. Dazu kommt, daß nicht immer feststehen wird, ob ein entgeltlicher Verzicht vorliegt, noch weniger, ob die Gegenleistung eine angemessene ist und in welcher Höhe eine solche versprochen oder erfolgt ist. Es liegt aber auch im Interesse des Pflichttheilsberechtigten, daß er weiß, wie hoch sich sein Pflichttheil beläuft. Dieser Umstand spricht gleichfalls gegen den Anschluß an die modifizirte gesetzliche Erbfolge.

Durch Legitimation Hinzutretende.

Eine dem preuß. A. L. R. II, 2 § 607 entsprechende Vorschrift, durch welche die Beeinträchtigungen abgewendet werden würden, welche die Aussichten der gegenüber dem Legitimirten oder Legitimirenden der gegenwärtigen Sach-

lage nach Pflichttheilsberechtigten vermöge des Hinzutrittes der in Folge der Legitimation durch Ehelichkeitserklärung pflichttheilsberechtigten Personen erleiden, kann nicht für angemessen erachtet werden. Dagegen spricht schon der Umstand, daß eine solche Beeinträchtigung nicht als Rechtsverletzung sich karakterisirt, da die Beeinträchtigten kein wohlerworbenes Recht auf einen der dermaligen Sachlage entsprechenden Pflichttheil haben. Ein Bedürfniß zu solchen Vorschriften kann um so weniger anerkannt werden, als die Ehelichkeitserklärung nicht durch ein einfaches Rechtsgeschäft, sondern durch einen Staatsakt erfolgt (§ 1583), und dadurch ein Mißbrauch zu dem Zwecke, Veränderungen in den die Gestaltung des Pflichttheilsrechtes bestimmenden Voraussetzungen der gesetzlichen Erbfolge herbeizuführen, ausgeschlossen erscheint. Ueberdies wäre es kaum gerechtfertigt, eine solche Vorschrift aufzunehmen, wenn nicht auch das Pflichttheilsrecht der unehelichen Kinder einer adoptirenden Frau und das Pflichttheilsrecht der Eltern des an Kindesstatt Angenommenen bei der Annahme an Kindesstatt, endlich das Pflichttheilsrecht der unehelichen Mutter bei der Legitimation durch Ehelichkeitserklärung in entsprechender Weise gegen Beeinträchtigungen gesichert würde. Für alle diese Verhältnisse sind entsprechende Schutzmittel nicht für erforderlich erachtet.

§ 1985.

2. Maßgebende Zeit.

Für den Bestand des Vermögens des Erblassers soll die Zeit des Erbfalles entscheiden. Durch die Worte „der Pflichttheil bestimmt sich" wird ausgedrückt, daß der Bestand nur zur Bemessung des Pflichttheilsbetrages dient. Dem Pflichttheilsberechtigten steht keinerlei dingliches oder obligatorisches Recht in Ansehung der einzelnen Nachlaßaktiva zu, andererseits hat aber der Pflichttheilsberechtigte auch nicht die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung der Nachlaßgegenstände zu tragen.

Die Vorschrift stimmt im Wesentlichen mit dem geltenden Rechte, soweit dasselbe für den Entwurf in Betracht kommen kann, überein[1]). Das österr. G. B. § 786 berücksichtigt auch Vermehrungen oder Verminderungen des Nachlasses in der Zeit vom Todestage des Erblassers bis zur Entrichtung des Pflichttheiles (vergl. hiergegen Unger § 85 Anm. 3).

§ 1986.

3. Werthberechnung.

Ueber die Berechnung des Pflichttheiles sind noch weitere Vorschriften erforderlich. Diese enthält der § 1986.

Maßgebende Zeit.

Die für die Werthbestimmung maßgebende Zeit erscheint zu wichtig, um nicht besonders erwähnt zu werden (Abs. 1), zumal unter Umständen die Werthbestimmung erst nach längerer Zeit erforderlich werden kann. Für die

[1]) Windscheid § 581 Anm. 11; Roth § 342 Anm. 88; Eccius § 248 S. 357, Dernburg § 200 Anm. 1, 2; bayr. L. R. III, 3 § 15 Nr. 8; württemb. L. R. III, 14 § 7; sächs. Ann. N. F. 7 S. 368; Mommsen § 480; hess. Art. 120.

Berechnung auf den § 2105 zu verweisen, würde nicht rathsam sein, vielmehr erscheint es angemessener, den Gegenstand an dieser Stelle zu ordnen.

Die Vorschrift, daß alle zum Nachlasse gehörenden Gegenstände und alle Verbindlichkeiten des Nachlasses nach dem Werthe zur Zeit des Erbfalles in Ansatz zu bringen sind (Abs. 1), stimmt im Wesentlichen mit dem geltenden Rechte überein[1]), jedoch finden sich mehrfach Einzelvorschriften, von welchen der Entwurf, um eine Kasuistik zu vermeiden, abgesehen hat; insbesondere gedenken einzelne Gesetzgebungen der Begräbnißkosten, der Kosten für Feststellung des Nachlasses, der Erbtheilungskosten u. s. w., andere nur der Passiva.

Lehen und Fideikommisse, preuß. A. L. R. II, 2 § 397, sind hier so wenig wie bei der gesetzlichen Erbfolge zu erwähnen, weil das Recht der Lehen und Familienfideikommisse von dem bürgerlichen Gesetzbuche ausgeschlossen bleibt, wie das Einführungsgesetz bestimmen wird.

Nach der Natur des Pflichttheilsrechtes versteht sich ferner von selbst, daß Vermächtnisse außer Betracht bleiben.

In Ansehung der dem Erblasser etwa angefallenen Erbschaften oder Vermächtnisse ist gleichfalls etwas Besonderes hier nicht zu bestimmen, da der Entwurf die Haftung für den Pflichttheilsanspruch wie eine Nachlaßverbindlichkeit behandelt (§ 2092 Abs. 2). Aus dem § 2112 Satz 4 ergiebt sich, daß die ausgeschlagene Erbschaft oder das ausgeschlagene Vermächtniß als Theil der Erbschaft, von welcher der Pflichttheil zu berechnen ist, in Anrechnung kommt. Dahingestellt bleiben kann, ob nicht auch dann, wenn die Ausschlagung der Handlungsweise eines ordentlichen Hausvaters entspricht, der wirkliche Werth des Ausgeschlagenen in Berechnung kommt. Eine besondere Entscheidung ist nicht geboten.

Schätzung.

Eine wichtige Folge der Auffassung des Entwurfes in Ansehung des Pflichttheilsanspruches ist die, daß der Werth, soweit er einer Ermittelung bedarf, auch wenn er von dem Erblasser bestimmt ist, durch Schätzung festzustellen ist (Abs. 2). Der Pflichttheilsberechtigte ist nicht Miteigenthümer. Selbstverständlich kann er also auch nicht auf die Veräußerung von Nachlaßgegenständen behufs der Werthermittelung Anspruch haben und noch weniger deren Uebernahme zu den Werthansätzen verlangen. Diese negative Folge auszusprechen, ist nicht erforderlich. Ein solcher Ausspruch würde sich nur gegen ein Mißverständniß richten, welches durch die §§ 1975, 1976 ausgeschlossen sein dürfte[2]).

Die beigefügte Ausnahme „soweit er einer Ermittelung bedarf" berücksichtigt, daß mitunter die Werthermittelung von selbst sich erledigt, z. B.

[1]) Windscheid § 581 Anm. 12; Roth § 342 Anm. 97; Unger § 81 Anm. 3, 6; Eccius § 248 S. 357, Dernburg § 200 S. 577, 578; bayr. L. R. III, 3 § 15 Nr. 9, 10; Mommsen § 480 Abs. 2; hess. Entw. Art. 120.

[2]) Oesterr. G. B. § 784 und für preuß. A. L. R. Schultzenstein S. 165, 262, Eccius § 248 Anm. 90, Dernburg § 200 Anm. 22, 23. — Eine Modifikation für den Fall, daß vor der Entrichtung des Pflichttheiles eine Veräußerung erfolgte, vergl. Unger § 81 Anm. 2, Anh. § 164 zum preuß. A. L. R. II, 18 § 574, ist nicht angezeigt.

wenn ein Baarbestand zum Nachlasse gehört oder wenn ein sicheres und zweifelloses Aktivum vorhanden ist. Zu beachten ist andererseits, daß auch für Verbindlichkeiten und Lasten eine Schätzung erforderlich werden kann.

In Ansehung der Gegenstände, welche einen Kurswerth haben, versteht sich von selbst, daß dieser in Betracht kommt. Die Verweisung auf den mittleren Tageskurs an dem Börsenplatze, welcher dem letzten Wohnsitze des Erblassers zunächst belegen ist, erscheint entbehrlich.

Bedingte Rechte und Verbindlichkeiten, u. s. w.

Beigefügt sind Vorschriften über die Schätzung gewisser Rechte und Verbindlichkeiten (Abs. 3, 4). Das Bedürfniß für solche Vorschriften ergiebt sich aus der Erwägung, daß, falls der Bestand des Nachlasses von künftigen ungewissen Ereignissen abhängt, die Schätzung als Mittel der Werthfeststellung in den meisten Fällen praktisch nicht wohl brauchbar ist. Denn ein gewisses Maß der Wahrscheinlichkeit und der Werth der Aktiva und Passiva des Nachlasses im Verhältnisse zu einem solchen Maße lassen sich kaum jemals mit einiger Sicherheit bemessen. Dies gilt auch dann, wenn die Ungewißheit nur der Art ist, daß eine wahre Bedingung nicht vorliegt, also nicht allein bei bedingten Rechten und Verbindlichkeiten, sondern auch bei ungewissen oder unsicheren, zum Nachlasse gehörenden Ansprüchen und bei zweifelhaften Nachlaßverbindlichkeiten. Der Entwurf bestimmt demgemäß, wie zunächst der Bestand des Nachlasses festzustellen ist, und giebt besondere Ansprüche auf nachträgliche Ausgleichung für den Fall, daß die endliche Entscheidung der Ungewißheit mit jener Feststellung nicht im Einklange steht.

Möglich wäre es, bei der Feststellung des Nachlaßbestandes in dieser Beziehung an die in den §§ 2137, 2138 gegebenen Vorschriften über die Behandlung solcher Rechte und Verbindlichkeiten bei der Abzugseinrede gegenüber dem seine Befriedigung verlangenden Nachlaßgläubiger sich anzulehnen. Es verdient jedoch den Vorzug, den Grundsatz entscheiden zu lassen, daß, je nachdem der Schwebezustand während der bestehenden Ungewißheit zu Gunsten oder Ungunsten des Nachlasses sich gestaltet, die Ungewißheit ohne Einfluß sein soll bezw. von einer für den Bestand des Nachlasses ungünstigen Entscheidung der Ungewißheit auszugehen ist. Auf ungewisse oder unsichere Rechte werden die Vorschriften über Rechte unter einer aufschiebenden Bedingung, auf zweifelhafte Verbindlichkeiten die Vorschriften über Verbindlichkeiten unter einer aufschiebenden Bedingung für anwendbar erklärt.

Die verschiedene Behandlung der bedingten und unsicheren Rechte und Verbindlichkeiten bei der Berechnung des Pflichttheiles und bei der Abzugseinrede des Inventarerben rechtfertigt sich dadurch, daß bei der Abzugseinrede die Analogie des Konkurses maßgebend sein muß (vergl. § 2133 Abs. 2), während bei der Ermittelung des Pflichttheiles Gewicht darauf zu legen ist, daß der Pflichttheilsberechtigte durch den Pflichttheil materiell in Geld so viel erhalten soll (vergl. § 1978), wie er erhalten haben würde, wenn er zu dem dem Pflichttheile entsprechenden Bruchtheile Erbe wäre. Als Erbe würde er aber den Betrag der auflösend bedingten Forderung zunächst ganz erhalten; die aufschiebend bedingten Verbindlichkeiten würde er als Erbe zunächst nicht zu erfüllen haben; die aufschiebend bedingte Forderung würde er zunächst noch gar nicht erhalten, die auflösend bedingte Verbindlichkeit würde er sofort zu

erfüllen haben. Das umgekehrte Verhältniß würde in allen Fällen erst eintreten, wenn die Bedingung erfüllt ist.

Eine einfache Rechtsnorm über die Berücksichtigung ungewisser Aussichten auf Vermehrung oder Verminderung des Nachlasses bei Feststellung des für den Pflichttheil maßgebenden Nachlaßbestandes zu geben, erscheint angemessen. Als solche einfache Rechtsnorm stellt sich die von dem Entwurfe gegebene dar, daß solche Aussichten, vorbehaltlich einer späteren Ausgleichung, zunächst unberücksichtigt bleiben. Diese Art der Feststellung davon abhängig zu machen, daß sie von dem einen oder anderen Theile verlangt wird, kann nicht als gerechtfertigt erachtet werden. Muß die Werthermittelung nach Maßgabe einer Schätzung unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit für die Verwirklichung der ungewissen Aussichten als unzweckmäßig angesehen werden, so ist deren Anwendung schon durch das Gesetz auszuschließen und kann nicht erst auf Verlangen eines Betheiligten ausgeschlossen werden. Außer Betracht bleibt hier, wie weit die Kraft eines Urtheiles reicht, welches gegen die von dem Entwurfe aufgestellte Rechtsregel verstößt und nicht etwa davon ausgeht, daß eine Ungewißheit nicht vorliege.

Ist die auflösende Bedingung, von welcher die Beendigung des Rechtes abhängt oder die aufschiebende Bedingung, von welcher die Verbindlichkeit abhängt, eingetreten, so muß der Pflichttheilsberechtigte zurückzahlen. In beiden Fällen zeigt sich, daß die Aktiva geringer oder die Passiva größer waren, als bei der Berechnung angenommen wurde. Das Entgegengesetzte muß eintreten, wenn die aufschiebende Bedingung, von welcher das Recht abhängt, oder die auflösende Bedingung, von welcher die Beendigung der Verbindlichkeit abhängt, eingetreten ist, da sich nunmehr zeigt, daß die Aktiva größer oder die Passiva geringer waren, als angenommen wurde.

In Ansehung der im Schlußsatze dem Erben gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten auferlegten Feststellungs- und Einziehungsverpflichtung ist zu beachten, daß eine solche Verpflichtung nur auferlegt werden kann, wenn die Wahrscheinlichkeit eines günstigen Erfolges den Versuch der Realisirung der Forderung gebietet. In gleicher Weise ist dem Erben, welcher die Abzugseinrede erhebt, eine Diligenzpflicht gegenüber den Nachlaßgläubigern im § 2137 auferlegt.

In Ansehung der Schätzung betagter und auf wiederkehrende Hebungen gehender Forderungen sind Vorschriften, wie sie das sächs. G. B. im § 2591 enthält, nicht erforderlich, insbesondere ist eine Verweisung auf die Vorschriften der §§ 58, 63 der Konk. O. nicht nothwendig. In dieser Hinsicht erscheint der Schätzungsgrundsatz ausreichend. Wird die Berechnung eines Interusuriums oder die Kapitalisirung einer zeitlich festbegrenzten Rente erforderlich, so werden in dieser Beziehung erhebliche Schwierigkeiten kaum entstehen. Die in der Konk. O. bestimmte Art der Schätzung schlechthin als Regel vorzuschreiben, wäre nicht rathsam. Die Vorschriften der Konk. O. beruhen zum Theile auf Rücksichten, welche dem Konkurse eigenthümlich sind (vergl. Mot. zur Konk. O. S. 276, 277, 291, 292).

Sicherheitsleistung dem Erben oder Pflichttheilsberechtigten zur Pflicht zu machen für den Fall, daß ein Anspruch nachträglich zur Entstehung

gelangen kann, erscheint nicht erforderlich, nachdem der Entwurf im Allgemeinen von der Sicherheitsleistung zu Gunsten des Pflichttheilsberechtigten abgesehen hat.

§ 1987.

4. Berücksichtigung des Voraus.

Daß der im § 1971 bezeichnete Voraus für Berechnung des Pflichttheiles des Ehegatten als zum Nachlasse gehörend behandelt wird (Satz 1), rechtfertigt sich schon aus der zum § 1971 dargelegten Auffassung des Voraus als eines vermächtnißähnlichen Erwerbes (vergl. § 374). Eine Vorschrift erläuternden Inhaltes ist jedoch zweckmäßig, um klarzustellen, daß nicht ein schon bei Lebzeiten des Erblassers bestehendes Recht des Ehegatten sich gleichsam mit dem Eintritte des Erbfalles konsolidirt.

Pflichttheil des Vaters oder der Mutter.

Die Vorschrift, daß der Voraus bei der Bestimmung des Pflichttheiles des Vaters oder der Mutter als nicht zum Nachlasse gehörend anzusehen ist (Satz 2), kann zwar dahin führen, daß das Pflichttheilsrecht des Vaters oder der Mutter gegenstandslos wird, wenn der Voraus den Nachlaß erschöpft. Indessen verdient diese Art der Regelung den Vorzug vor einer bloßen Beschränkung des Rechtes auf Geltendmachung des Pflichttheilsrechtes, da die letztere zu Verwickelungen zu führen droht. Die Vorschrift erscheint insofern gerechtfertigt, als dem Rechte des Ehegatten auf den Voraus, wenn die Einführung des Institutes einen zweckentsprechenden Erfolg haben soll, der Vorrang vor dem Pflichttheilsrechte der Eltern gewährt werden muß. An die Ausschlagung des Voraus seitens des Ehegatten die Folge zu knüpfen, daß das Pflichttheilsrecht sich erweitert, würde nicht angemessen sein. Damit würde der Willkür des Ausschlagenden ein nachträglich sich geltend machender Einfluß beigemessen werden. Hiergegen sprechen die Gründe, welche S. 403, 404 als maßgebend bezeichnet sind.

§ 1988.

5. Auskunftspflicht des Erben.

Die Verwirklichung des Pflichttheilsanspruches würde in vielen Fällen kaum ausführbar sein, wenn nicht dem Erben eine Auskunftspflicht über den Bestand des Nachlasses auferlegt würde. Diese Pflicht bestimmt der erste Absatz. Der Eingang der Vorschrift „gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten, welcher nicht Miterbe ist" umfaßt alle in Betracht kommenden Fälle, insbesondere auch den, daß der Pflichttheilsberechtigte als Erbe eingesetzt ist, aber wegen der ihm auferlegten Beschwerungen oder Beschränkungen ausschlägt (§ 1981 Abs. 1), sowie den, daß derselbe gesetzlicher Erbe ist, aber wegen auferlegter Beschwerungen oder Beschränkungen ausschlägt, und den, daß der Pflichttheilsberechtigte übergangen oder ihm das Pflichttheilsrecht ohne Grund entzogen ist.

Durch die Vorschrift wird die für die Anwendbarkeit des § 777 erforderliche Voraussetzung gegeben. Dem Erben auch die Errichtung und Vorlegung eines Inventares zur Pflicht zu machen, ist weder erforderlich noch gerechtfertigt. Allerdings würde ein solches Inventar nach dem § 2105 Abs. 2 auch Angaben über den Werth der Nachlaßgegenstände enthalten müssen. Allein diese Angaben würden für den Pflichttheilsberechtigten ziemlich werthlos sein.

Auf Grund der ihm ertheilten Auskunft und allenfalls auf Grund der ihm nach dem § 774 zu gestattenden Besichtigung ist der Erbe ohnehin in der Lage, sich über den Werth des Nachlasses zu unterrichten.

Daß diese Auskunftspflicht und die dadurch nach dem § 777 gegebene Manifestationspflicht von dem Erblasser nicht ausgeschlossen werden kann, weder durch eine Anordnung noch durch einen mit dem Pflichttheilsberechtigten geschlossenen Vertrag, verdeutlicht der Entwurf besonders, um Zweifel darüber nicht aufkommen zu lassen (Abs. 1 Satz 2). Das geltende Recht stimmt hiermit im Wesentlichen überein, wenn auch einige Rechte nur den Anspruch auf Inventarlegung gewähren[1]). Dem Pflichttheilsberechtigten den Anspruch auf gerichtliche Nachlaßregulirung beizulegen, besteht kein Bedürfniß.

Beschränkung auf den Pflichttheil im Falle des Betreibens der Ermittelung des Nachlasses.

Im Anschlusse an eine für das gemeine Recht vertretene Auffassung[2]) wird ausgesprochen (Abs. 2), daß der Erblasser wirksam anordnen kann, der Erbe solle auf den Pflichttheil beschränkt sein, wenn er die Ermittelung des Nachlasses betreibt. Dagegen verdient die Vorschrift des preuß. A. L. R. II, 18 § 393, dem Erblasser zu gestatten, anzuordnen, der Erbe dürfe, wenn ihm mehr als der Pflichttheil zugewendet ist, keinen Offenbarungseid verlangen[3]), keine Billigung.

In Ansehung der Manifestationspflicht des Erben gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten sind besondere Vorschriften nicht erforderlich (vergl. § 2142). Die Verfahrensvorschriften des § 2142 passen hier nicht.

§ 1989.

6. Abrechnung auf den Pflichttheil.

Gegenstand.

Ueber die Abrechnung auf den Pflichttheil bestimmen die §§ 1989—1991. Der Entwurf geht davon aus, daß im Allgemeinen die Vorschriften über die Ausgleichung bei der Auseinandersetzung der Erben (§§ 2157 ff.) auch für die von dem Pflichttheilsberechtigten zu duldende Abrechnung maßgebend sind. Die §§ 1989 ff. enthalten daher nur diejenigen Modifikationen, welche für die Abrechnung auf den Pflichttheil geboten sind. Die Fassung „sind abzurechnen" ist gewählt mit Rücksicht auf den im § 1990 gebrauchten Ausdruck „hinzurechnen". Soweit die Zuwendung reicht, fehlt es an einer Verletzung der Hinterlassungspflicht, mithin an einer zur Entstehung des Pflichttheilsanspruches nothwendigen Voraussetzung (§ 1975). Die Zuwendung des Erblassers bringt nicht ein verzichtbares Gegenrecht zur Entstehung, mittels dessen der Erbe auf dem Wege der Einrede (ähnlich wie in den Fällen des Urtheiles und der Verjährung) den Pflichttheilsanspruch, sobald derselbe geltend gemacht wird, abwehren kann. Daß die Unterscheidung nur eine geringe praktische Wirkung hat, rechtfertigt es nicht, von dem korrekten Ausdrucke abzusehen. Die Ab-

---

[1]) Vergl. Entsch. d. R. G. Bd. 8 S. 161; Seuffert's Archiv 12 Nr. 278, 18 Nr. 97, 25 Nr. 43; für das preuß. A. L. R. Dernburg § 200 Anm. 17—21; sächs. G. B. § 2588; Mommsen § 507 Abs. 1, 3; u. A.

[2]) Vergl. Seuffert's Archiv 11 Nr. 165.

[3]) Vergl. Koch, Erbrecht S. 1163, Eccius § 270 Anm. 72, — dazu Randa, Erbschaftserwerb S. 116.

rechnung hat auch dann zu erfolgen, wenn der Pflichttheilsberechtigte der einzige nächste gesetzliche Erbe des Erblassers ist. Dies ist selbstverständlich und deshalb nicht besonders hervorzuheben. Für eine Betonung dieses Umstandes läßt sich geltend machen, daß auch darin eine Modifikation der Grundsätze von der Ausgleichung bei der Auseinandersetzung der Erben liege. Die Abrechnung kommt jedoch in einem solchen Falle nur in Betracht, wenn der Pflichttheilsberechtigte als Erbe ausschlägt (§ 1981). Diesen besonderen Fall zu erwähnen, würde nur störend für das Verständniß sein. Die Abweichung von den Grundsätzen für die Ausgleichung hat wesentlich nur Bedeutung in Ansehung der unter Nr. 3 bezeichneten Zuwendungen. Die Fassung der Nr. 3 läßt indessen keinen Zweifel, daß der in Bezug genommene § 2158 nur in Ansehung der Art der Zuwendung, nicht in Ansehung der Voraussetzungen angerufen wird.

Schenkung.

Als abzurechnen bezeichnet die Nr. 1 des ersten Absatzes eine durch Veräußerung vollzogene Schenkung, welche dem Pflichttheilsberechtigten von dem Erblasser unter der Bedingung gemacht ist, daß der Schenker vor dem Beschenkten sterbe oder diesen nicht überlebe. Die Fassung „wenn auf die Zuwendung nach dem § 1963 die Vorschriften über Schenkungen unter Lebenden Anwendung finden" würde das Mißverständniß (arg. e contrario) zulassen, eine nach dem § 1963 als Vermächtniß zu beurtheilende Schenkung sei schlechthin nicht abzurechnen. Die Vorschrift ist erforderlich, weil aus der beigefügten Bedingung sich ohne Weiteres ergiebt, daß der Erblasser die Schenkung abgerechnet wissen will, während in Ermangelung einer Vorschrift der Schluß nahe liegt, eine solche Schenkung sei, sofern sie vollzogen ist, wie andere gewöhnliche Schenkungen nur dann abzurechnen, wenn dies der Erblasser angeordnet hat. Im Wesentlichen stimmen damit überein das gemeine Recht[1]), das bayr. L. R. (Kreittmayr Anm. 106 zu III, 3 § 15), das sächs. G. B. § 2590, u. A.[2]) Die oldenb. Gesetze von 1873 Art. 42 § 2 und 1879 Art. 40 § 2 lassen solche Schenkungen gegenüber dem Ehegatten nur dann auf den Pflichttheil abrechnen, wenn bei der Schenkung die Anrechnung auf den Erbtheil oder Pflichttheil vorbehalten ist.

Angeordnete Abrechnung.

In Ansehung der Zuwendung, bei deren Vornahme die Abrechnung auf den Pflichttheil angeordnet ist (Nr. 2)[3]), ist die Vorschrift sowohl gegenüber Abkömmlingen als gegenüber anderen Pflichttheilsberechtigten gerechtfertigt, wenn sie auch von einigen geltenden Rechten auf Eltern und den Ehegatten beschränkt ist. Ist ein abweichender Wille nicht ausgedrückt, so wird anzunehmen sein, daß eintretendenfalls auch von dem Pflichttheilsbetrage, für welchen der gesetzliche Erbtheil maßgebend ist, abgerechnet werden soll und nicht lediglich für den Fall der Hinterlassung des gesetzlichen oder doch eines den Pflichttheilsbetrag übersteigenden Erbtheiles. Dennoch ist ausschließlich von der Abrechnung auf den Pflichttheil die Rede, entgegen den oldenb. Gesetzen von

---

[1]) Windscheid § 653 Anm. 6; Roth § 342 Anm. 100.

[2]) Vergl. Unger § 81 Anm. 6 (beschränkt auf widerrufliche Schenkungen); für württemb. Recht Stein § 73; goth. Ges. § 67; Mommsen § 480.

[3]) Vergl. Windscheid § 581 Anm. 6; Roth § 342 Anm. 134; sächs. G. B. § 2590; Unger § 81 Anm. 10; oldenb. Gesetze von 1873 Art. 42 § 2, von 1879 Art. 40 § 2.

1873 Art. 42 § 2 und von 1879 Art. 40 Nr. 2, weil es sich unmittelbar nur um den Pflichttheil handelt. Indessen bringt in dieser Hinsicht die Auslegungsregel des zweiten Absatzes die angemessene Abhülfe.

Zuwendung zur Verheirathung ꝛc.

Die Zuwendungen der im § 2158 bezeichneten Art (Zuwendungen zur Verheirathung u. s. w.) kommen nur in Betracht, wenn der Pflichttheilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers ist (Nr. 3). Diese sollen abgerechnet werden, sofern nicht der Erblasser bei der Zuwendung angeordnet hat, daß die Abrechnung auf den Pflichttheil nicht erfolgen solle; die meisten geltenden Rechte stimmen hiermit überein; sie drücken dies nicht selten aus unter direkter Verweisung auf die Ausgleichung bei der Auseinandersetzung der Miterben in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge[1]). Der Ausdruck „Abrechnung auf den Pflichttheil" ist wie im Falle der Nr. 2 gewählt und erhält seine Erläuterung ebenfalls durch die Auslegungsregel des zweiten Absatzes.

Diese Auslegungsregel des zweiten Absatzes spricht von einer Anordnung anzurechnen oder nicht anzurechnen, weil erfahrungsgemäß dieser Ausdruck der übliche ist und der Ausdruck abzurechnen oder nicht abzurechnen bisher nicht oft gewählt wird.

In den Fällen der Nr. 2, 3 steht nur eine Anordnung des Erblassers unter Lebenden in Frage. Liegt eine Verfügung von Todeswegen vor, so handelt es sich um ein Vermächtniß. Die Wirkungen eines solchen Vermächtnisses, welches als Beschwerung des Erben oder des Pflichttheilsberechtigten sich darstellen kann, sind den sonstigen Vorschriften (insbesondere den §§ 1980, 1982) zu entnehmen und nicht an dieser Stelle zu bestimmen.

Bezahlte Schulden.

Das preuß. A. L. R. II, 2 § 395 bezeichnet als Anrechnungsgegenstand ferner gewisse von dem Erblasser für einen Abkömmling bezahlte Schulden[2]). Mit Recht verwirft schon der Entw. v. 1835 (dessen Mot. S. 307) diese gegen Suarez' Meinung aufgenommene Vorschrift.

Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob jede Schenkung abzurechnen, wenn einem anderen Pflichttheilsberechtigten eine dos oder donatio propter nuptias anzurechnen ist[3]), kommt für den Entwurf nicht in Betracht.

Condicionis implendae causa Geleistetes.

Darüber, ob den Zuwendungen an den Pflichttheilsberechtigten durch Vermächtniß solche mittelbare Zuwendungen gleichzustellen sind, welche dem Berechtigten dadurch zugehen, daß der Erblasser einen Bedachten durch Hinzufügung einer Bedingung veranlaßt, aber nicht verpflichtet, dem Pflichttheilsberechtigten etwas zu leisten, ist eine Vorschrift nicht erforderlich. Die Entscheidung, ob die Abrechnung einer solchen condicionis implendae causa wirklich erfolgten und angenommenen Leistung zu gestatten ist, ergiebt sich aus den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere daraus, daß der Pflichttheilsanspruch

[1]) Preuß. A. L. R. II, 2 § 393; sächs. G. B. § 2574; bayr. L. R. III, 3 § 15 Nr. 1; für württemb. Recht Stein § 73; lübeck. Ges. von 1862 Art. 23; goth. Ges. § 67; Mommsen § 481 Abs. 1, § 485; hess. Entw. Art. 123; — ohne Bezugnahme Windscheid § 581 Anm. 4, 5; Roth § 342 Anm. 135; österr. G. B. § 788; frankf. Recht nach Bender S. 563.

[2]) Vergl. Dernburg § 201 Anm. 13; Eccius § 248 Anm. 93—95.

[3]) Windscheid § 581 Anm. 6.

nur auf den Werth gerichtet ist (§ 1975). Der Umstand, daß dieser Werth dem Vermögen des Erblassers oder daß die Leistung dem Vermögen eines Anderen entnommen ist, kann den Anspruch weder vergrößern noch verringern. Abgerechnet werden kann aber nur dasjenige, was der Berechtigte erhalten hat, nicht, was er erhalten soll. Es bedarf hiernach keiner Vorschrift, welche den im gemeinen Rechte bestehenden Streit über die l. 36 pr. Cod. 3, 28 (vergl. sächs. G. B. § 2592) entscheidet.

Werth zur Zeit der Zuwendung.

Daß der abzurechnende Betrag sich nach dem Werthe bestimmt, welchen der Gegenstand der Zuwendung zur Zeit der Zuwendung gehabt hat (Abs. 3), rechtfertigt sich aus den Gründen, auf welchen der § 2163 beruht.

Abrechnung seitens der entfernteren Abkömmlinge.

Ein entfernterer Abkömmling hat sich nicht abrechnen zu lassen, was er vor dem Wegfalle des ihn ausschließenden näheren Abkömmlinges erhalten hat, sofern nicht der Erblasser bei der Zuwendung die Abrechnung angeordnet hat; in dem bezeichneten Falle ist dem entfernteren Abkömmlinge auch dasjenige abzurechnen, was der ihm vorgehende nähere Abkömmling, wenn er zur Erbfolge gelangt wäre, sich hätte abrechnen lassen müssen. Dies gelangt im vierten Absatze zum Ausdrucke.

Abgesehen von der Verallgemeinerung auf Abkömmlinge stimmen diese Vorschriften im Wesentlichen überein mit dem preuß. A. L. R. nach der herrschenden Auffassung[1]), mit der Praxis des sächs. Rechtes (Ann. N. F. 1 S. 538), u. A., während für das gemeine Recht die entgegenstehende Meinung wohl überwiegend vertreten wird[2]). Für den Entwurf ist die getroffene Entscheidung geboten, da anderenfalls die Vorschrift des § 1972 zu unleidlichen Härten führen müßte.

Zweifelhaft kann erscheinen, ob es nicht den Vorzug verdiene, die Vorschrift des § 2160 in dem weiteren Umfange für entsprechend anwendbar zu erklären, daß der entferntere Abkömmling auch dann die Zuwendung an den Abkömmling, welcher ihn ausgeschlossen haben würde, sich abrechnen zu lassen habe, wenn dieser die Erbschaft ausgeschlagen hat, oder durch letztwillige Verfügung des Erblassers oder durch Erbverzicht von der Erbfolge ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt ist. Es würde damit Einklang zwischen den Grundsätzen des Entwurfes für die Ausgleichungspflicht und für die Abrechnung auf den Pflichttheil erzielt werden. Zudem würde alsdann das nicht unbedenkliche Ergebniß vermieden, daß der Abkömmling, welcher wegen seines abzurechnenden Vorempfanges ausschlägt, seinen Abkömmlingen den unverkürzten Pflichttheil verschafft, da nach dem § 1990 nur dasjenige hinzugerechnet wird, was ein miterbender Abkömmling an abzurechnenden Gegenständen empfangen hat, — ein Ergebniß, welches kaum dem Zwecke des § 1983 entspricht. Die Ausdehnung ist jedoch für bedenklich erachtet, insbesondere in Rücksicht auf den Fall, in welchem der Erblasser selbst den Abkömmling, welcher die Zuwendung erhalten hat, beerbt hat, und weil dadurch eine gewisse Ungleichheit mit Rücksicht auf die nicht ausgleichungspflichtigen Verwandten, namentlich den Ehegatten, sich ergeben würde.

---

1) Eccius § 248 Anm. 98; Dernburg § 201 Anm. 16.

2) Vergl. Seuffert's Arch. 8 Nr. 69.

§ 1990.

Art der Berechnung.

Ueber die Art der Berechnung im Falle einer Abrechnung bestimmt der § 1990.

Hinzurechnung.

In Uebereinstimmung mit dem überwiegend geltenden Rechte[1]) wird bestimmt, daß der nach dem § 1989 auf den Pflichttheilsanspruch abzurechnende Betrag bei Bestimmung des Pflichttheiles dem Werthe des Nachlasses hinzuzurechnen ist (Abs. 1).

Ausgleichungsbeträge anderer Abkömmlinge.

Ist der Pflichttheilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers, so ist auch dasjenige hinzuzurechnen, was ein anderer Abkömmling, welcher zur Erbfolge gelangt, gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten nach den Vorschriften der §§ 2157—2164 zur Ausgleichung zu bringen hätte (Abs. 2). Die Fassung berücksichtigt zugleich den Fall, daß eine Auseinandersetzung ausgeschlossen ist, weil nur ein Erbe vorhanden ist, wenn z. B. der Erblasser, welcher nur zwei Söhne hat und dem einen den Pflichttheil ohne Grund entzieht, den anderen zum Alleinerben beruft. Der Entwurf entscheidet für die Ansicht, der pflichttheilsberechtigte Abkömmling könne nicht mehr verlangen, als daß die zur Erbfolge gelangenden Abkömmlinge, unter welchen die Auseinandersetzung wirklich stattzufinden hat oder, wenn der Pflichttheilsberechtigte nicht ausgeschlossen wäre, stattzufinden hätte, ihm gegenüber das von ihnen Vorempfangene dem Nachlaßwerthe hinzurechnen lassen. Abgelehnt ist insbesondere die Auffassung, es sei zu Gunsten des Pflichttheilsberechtigten dem Nachlaßwerthe (so, wie wenn es von dem Nachlasse gegeben wäre) Alles hinzuzurechnen, was der Erblasser solchen Personen gegeben hat, welche, wenn die einfache gesetzliche Erbfolge stattzufinden hätte (also ohne Rücksicht auf Ausschlagung, Erbverzicht, Erbunwürdigkeit, Pflichttheilsentziehung), mit dem Pflichttheilsberechtigten zusammen Erben geworden sein würden.

Das geltende Recht steht nur theilweise auf dem gleichen Boden wie der Entwurf[2]). Der letztere versagt dem Pflichttheilsberechtigten den Anspruch auf die Stellung als Erbe. Hiernach kann der Pflichttheilsberechtigte auch nicht an

---

[1]) Seuffert's Pand. § 653 zu Anm. 9a (abweichend Seuffert's Arch. 4 Nr. 68); Unger § 81 Anm. 11; Dernburg § 201 Anm. 11, Eccius § 248 Anm. 91; sächs. G. B. §§ 2590, 2573; Mommsen §§ 480, 481; hess. Entw. Art. 120.

[2]) Hierher gehören das sächs. G. B. § 2573 und der hess. Entw. Art. 120, und zu gleichem Ergebnisse gelangt Mommsen, wenn er, der in Ansehung der Mitzählung (§ 1984) in seinen §§ 472 ff. anders als der Entwurf regelt, die Zuwendungen an diejenigen mitberechnen läßt, welche bei der Ausmessung des Pflichttheiles mitzuzählen sind, § 481. Das preuß. A. L. R. folgt hingegen dem abgelehnten Gedanken, jedoch mit der weiteren Unterscheidung, daß die Hinzurechnung nur erfolgt, wenn und soweit der Pflichttheil von Erben zu gewähren ist, welche gleichfalls Abkömmlinge des Erblassers sind. Vergl. Eccius § 248 Anm. 88 und dessen Zitate; Dernburg § 200 Anm. 15 (der aber nur von Miterben spricht). Ebenso dürfte das österr. G. B. zu verstehen sein, Unger § 81 Anm. 13, 14. Die oldenb. Gesetze v. 1873 Art. 42 § 1 und 1879 Art. 40 § 1 lassen auch den überlebenden Ehegatten an dem seitens der Abkömmlinge Vorempfangenen Theil nehmen.

der Auseinandersetzung theilnehmen. In Ermangelung einer ausdrücklichen Vorschrift würde der Berechtigte die wirklichen Erben nicht dazu anhalten können, dasjenige zur Nachlaßmasse hinzurechnen zu lassen, was sie vorempfangen haben. Durch die Versagung der Erbenstellung werden die Abkömmlinge (gegenüber einer größeren Zahl von geltenden Rechten) nicht unerheblich benachtheiligt. Für die Abkömmlinge ist deshalb eine Abhülfe erforderlich, aber auch nur für diese. Der pflichttheilsberechtigte Abkömmling, welcher nicht Erbe wird, kann diejenigen Abkömmlinge, welche zur Erbfolge gelangen, nicht aber auch den etwa miterbenden überlebenden Ehegatten des Erblassers, zu einer solchen Berechnung des für die Pflichttheilsbemessung maßgebenden Nachlaßwerthes zwingen, daß dasjenige hinzugerechnet wird, was die zur Erbschaft gelangenden Abkömmlinge im Voraus empfangen haben. Sind mehrere pflichttheilsberechtigte Abkömmlinge als Erben nicht eingesetzt, so hat jeder einzelne von ihnen ein selbständiges Recht gegenüber den Abkömmlingen, welche Erben werden, aber auch nur in der Richtung gegen diese. Dasjenige, was ein nicht erbender Pflichttheilsberechtigter von dem Erblasser vorempfangen hat, berührt den anderen ebenfalls nicht erbenden Pflichttheilsberechtigten nicht und ebensowenig, was der Ausschlagende oder Verzichtende empfangen hat. Nur auf diesem Wege sind einfache Ergebnisse zu erzielen. Diese Begünstigung ist auch eine genügende. Freilich würde der pflichttheilsberechtigte Abkömmling weit mehr begünstigt werden, wenn bei der Berechnung des Pflichttheiles davon ausgegangen würde, es sei die einfache gesetzliche Erbfolge der bei der Feststellung der Pflichttheilsbruchtheile nach dem § 1984 mitzuzählenden Personen eingetreten, und die hiernach sich ergebende Berechnungsweise entscheide stets ohne Rücksicht darauf, wie in Wirklichkeit die Erbfolge sich gestalten möge. Allein diese Begünstigung kann nur Platz greifen, wenn der Pflichttheilsberechtigte von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen und auf den Pflichttheilsanspruch beschränkt ist, nicht aber auch dann, wenn der Erblasser vollständig der Hinterlassungspflicht nach dem § 1975 genügt und dem Berechtigten den Pflichttheilsbruchtheil unbeschränkt und unbeschwert hinterlassen hat. Denn in dem letzteren Falle kann der an dem Auseinandersetzungsverfahren theilnehmende Pflichttheilsberechtigte von den übrigen Erben nicht verlangen, daß eine Vergrößerung der Theilungsmasse um das von dem Erblasser gewährte Vorempfangene zu seinen Gunsten fingirt und sein Antheil demgemäß auf Kosten der übrigen Erben dem Werthe nach gesteigert wird. Tritt aber die bezeichnete Begünstigung nur ein, wenn der Pflichttheilsberechtigte auf den Pflichttheilsanspruch beschränkt ist, so kann demselben die Hinterlassung der ihm gebührenden unbeschränkten und unbeschwerten Pflichttheilsquote zum Nachtheile gereichen. Es würde daher, um diesen Nachtheil auszugleichen dem Pflichttheilsberechtigten in jedem Falle ein Geldanspruch gewährt werden müssen; die Hinterlassung jenes Pflichttheilsbruchtheiles genügte nicht und der Grundsatz, auf welchem die §§ 1979 ff. beruhen, müßte aufgegeben werden. Eine solche Regelung kann das Ergebniß haben, daß die Erben, weil sie dasjenige, was andere Personen erhalten haben, dem Nachlaßwerthe hinzurechnen lassen müssen, in Wirklichkeit nichts erhalten, weil der ganze Nachlaß durch den Pflichttheilsanspruch aufgezehrt wird.

Dieses Ergebniß würde in offenem Widerspruche stehen mit dem erkennbaren Willen des Erblassers. Die von dem Erblasser bei der Hingabe des Vorempfangenen getroffene oder als von demselben getroffen anzunehmende Bestimmung der Abrechnung erhält damit, ihrer Natur entgegen, eine absolute, sich über die Person des Empfängers hinaus erstreckende Wirkung gegen Dritte. Der unter Lebenden getroffenen Bestimmung des Erblassers wird eine Wirkung beigelegt, welche dem in einer Verfügung desselben Erblassers von Todeswegen niedergelegten Willen Zwang anthut und dessen letztwillige Anordnungen dem Ergebnisse nach vereitelt oder doch vereiteln kann. Durch eine solche weitere Begünstigung des Pflichttheilsberechtigten würde die Hinterlassungspflicht des Erblassers verschärft werden, nicht aber durch eine dispositive Vorschrift seinem anzunehmenden Willen Rechnung getragen werden. Endlich findet sich im geltenden Rechte die Durchführung des Gedankens nicht in solcher Allgemeinheit oder doch nicht in positiven Vorschriften.

Anders liegt es in Ansehung gewisser Schenkungen; wegen deren der Entwurf in den §§ 2009 ff. dem Pflichttheilsberechtigten einen besonderen Schutz angedeihen läßt. Die hierdurch gegebene weitere Hinterlassungspflicht des Erblassers unterliegt einer besonderen, an dieser Stelle nicht zu erörternden Regelung.

Hinzurechnung gegen das Verbot.

Eine Vorschrift dahin, daß die Hinzurechnung selbst dann stattfindet, wenn der Erblasser die Abrechnung verboten hat[1]), erscheint entbehrlich. Eine Vorschrift zwingender Natur ist jedenfalls nicht veranlaßt. Liegen im einzelnen Falle die Voraussetzungen der Abrechnung vor, so findet Abrechnung statt. Wieweit diese Voraussetzungen von dem Willen des Erblassers abhängen und ob die Abrechnung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden oder durch Rechtsgeschäft von Todeswegen bestimmt oder verneint werden kann, ist nicht an dieser Stelle zu bestimmen (vergl. § 2159).

§ 1991.

Zuwendungen eines Ehegatten aus dem Gesammtgute.

Welcher der Ehegatten als der Zuwendende anzusehen ist, wenn der Pflichttheilsberechtigte eine Zuwendung aus dem Gesammtgute erhalten hat, würde, in Ermangelung einer Vorschrift, dann zweifelhaft sein, wenn unter den Ehegatten der Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft oder der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft besteht, oder wenn diese Zuwendung aus dem Gesammtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft erfolgt ist, mag diese Zuwendung an einen gemeinschaftlichen Abkömmling der Ehegatten oder an einen einseitigen Abkömmling eines Ehegatten oder an einen Elterntheil eines der Ehegatten erfolgt sein. Die Lösung, welche der § 1991 giebt, kann nur die gleiche sein wie die im § 2162 gegebene. Die Auffassung, daß der Ehemann zu bestimmen habe, ob die Zuwendung als von ihm oder von der Ehefrau aus-

[1]) Vergl. sächs. G. B. § 2370; bayr. L. R. III, 1 § 15 Nr. 16; Mommsen § 481 Abs. 2 (dessen Mot. S. 462); Eccius § 248 Anm. 88 a. E.; Unger § 45 Anm. 7, 8; u. A.

gegangen zu gelten habe, ist möglich, würde aber mit den Grundsätzen des Familienrechtes nicht im Einklange stehen; sie kann daher für den Entwurf nicht in Betracht kommen.

§ 1992.

V. Entstehung und Natur des Pflichttheilsanspruches.

1. Zeit der Entstehung.

Daß der Pflichttheilsanspruch für den Pflichttheilsberechtigten kraft des Gesetzes mit dem Erbfalle zur Entstehung kommt, kann als bereits aus dem § 1976 zu entnehmen selbstverständlich erscheinen. Die Aufnahme der dies aussprechenden Vorschrift des ersten Absatzes, welche sich in der Fassung an den § 1867 Abs. 1 anlehnt, rechtfertigt sich jedoch sowohl wegen der großen praktischen Wichtigkeit derselben als zur Abschneidung möglicher Zweifel. Solche Zweifel sind insbesondere denkbar dahin, ob der Anspruch nicht unter Umständen in einem späteren Zeitpunkte zur Entstehung gelange, z. B. dann, wenn noch Ungewißheit besteht, wer als Erbe eintreten wird, und auch dahin, ob das Bestehen eines solchen Anspruches vor dem Eintritte des Erbfalles gänzlich zu leugnen ist, namentlich im Hinblicke auf die §§ 2009 ff.

Das geltende Recht, soweit es auf gleichem Boden steht, stimmt hiermit überein. Die abweichenden Vorschriften des preuß. A. L. R. II, 2 §§ 457 ff. für den Fall einer Ehescheidung sind schon durch den Anh. § 92 beschränkt und von dem preuß. Entw. v. 1835 nicht mehr festgehalten[1]).

Ausschlagung.

Es läßt sich aufstellen, der Erwerb des Pflichttheilsanspruches müsse in ähnlicher Weise ein vorläufiger sein wie bei dem Erwerbe eines Vermächtnisses oder einer Erbschaft, dergestalt, daß derselbe durch die Ausschlagung rückgängig gemacht werden könne. Indessen wäre es bedenklich, die Analogie des Erwerbes eines Vermächtnisses oder einer Erbschaft durchzuführen; vielmehr verdient es den Vorzug, die sachgemäßen Folgen für das Pflichttheilsrecht selbständig zu bestimmen, soweit Vorschriften hierüber überhaupt erforderlich sind.

Verfolgbarkeit während der Deliberationsfrist ꝛc.

Ueber die Verfolgbarkeit des Pflichttheilsanspruches, wenn der Erbe Inventarerbe ist oder während der Zeit, während welcher er deliberirt, sind besondere Vorschriften entbehrlich, da der Entwurf die Verbindlichkeit für den Pflichttheilsanspruch als Nachlaßverbindlichkeit behandelt (vergl. § 2092 in Verbindung mit den §§ 2117, 2133).

Verzinslichkeit.

In Ansehung der Verzinslichkeit des Pflichttheiles ist eine besondere Vorschrift nicht erforderlich, insbesondere besteht kein Anlaß, die Voraussetzungen des Verzuges des Schuldners zu Gunsten des Pflichttheilsberechtigten zu ermäßigen. Wenngleich der Pflichttheil seinem Betrage nach noch nicht feststeht, so ist doch deshalb eine wirksame Mahnung weder ausgeschlossen noch wesentlich erschwert. Andererseits ist auch kein Grund vorhanden, den Umfang des Pflichttheilsanspruches zu erweitern und dem Berechtigten zur Ausgleichung für das Recht des Erben auf Beziehung der Nutzungen der Erbschaft ein Recht auf die Nutznießung zu geben. Dem Erben ist die Beziehung von Nutzungen, welche dem Kapitalwerthe entsprechen, nicht von dem Eintritte des Erbfalles an

[1]) Dessen Mot. S. 319, 320.

gesichert. Der Erbe würde deshalb überschwert werden, wenn er stets dafür aufzukommen hätte, daß die Forderung des Pflichttheilsberechtigten von Anfang an fruchtbringend sei, zumal in solchen Fällen, in welchen der Pflichttheilsanspruch erst nach Ausschlagung einer dem Pflichttheilsberechtigten gemachten Zuwendung, also vielleicht erst längere Zeit nach dem Erbfalle, geltend gemacht wird.

Vererblichkeit und Uebertragbarkeit.

Die Aufnahme der Vorschrift, daß der Pflichttheilsanspruch vererblich und übertragbar ist (Abs. 2 Satz 1), rechtfertigt sich durch die nahe liegenden Zweifel, zu welchen die abweichende Auffassung vieler geltenden Rechte Anlaß geben kann[1]). Hinzugefügt ist eine Ausnahme in Ansehung der Pfändbarkeit des Anspruches[2]) und dessen Zugehörigkeit zur Konkursmasse des Berechtigten (Satz 2). Würde der Pflichttheilsanspruch für unbeschränkt pfändbar erklärt, so würde unter Umständen der Pflichttheilsberechtigte mittelbar gezwungen, seinen Pflichttheilsanspruch geltend zu machen. Dies kann sich unter Umständen als eine unbillige Härte gegen den Berechtigten erweisen. Denn es sind sehr wohl Fälle denkbar, in welchen der Berechtigte aus anerkennenswerthen Beweggründen das Pflichttheilsrecht nicht geltend machen will. Insbesondere kann der Anspruch aus Gründen hinfällig sein, deren Erörterung den Berechtigten und dessen Familie schwer benachtheiligen würde. Zudem ist der Erwerb des Anspruches kraft des Gesetzes mit Eintritt des Erbfalles nicht im Interesse der Gläubiger des Berechtigten vorgeschrieben, sondern nur im Interesse des Berechtigten. Daß einem Schuldner mit Rücksicht auf sein eventuelles Pflichttheilsrecht Kredit gewährt werde, verdient nicht begünstigt zu werden; ein solcher Kredit ist erfahrungsgemäß nicht selten ein für den Schuldner verderblicher. Wird aber die Pfändung der Beschränkung unterworfen, daß dieselbe im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung gegen den Pflichttheilsberechtigten nur dann zulässig ist, wenn der Anspruch bereits von dem Berechtigten, gerichtlich oder außergerichtlich, geltend gemacht ist, so muß die Zurechnung des Anspruches zur Konkursmasse im Falle des Konkurses über das Vermögen des Pflichttheilsberechtigten derselben Beschränkung unterliegen. Es muß jedoch, wie in den Fällen der §§ 2118, 2127, genügen, daß der Anspruch auch nur außergerichtlich geltend gemacht ist.

Schutz durch Nachlaßregulirung;

Der nach dem Entwurfe auf einen persönlichen Anspruch beschränkte Pflichttheilsberechtigte entbehrt der Sicherheit, deren er sich erfreut, wenn ihm ein Recht darauf gewährt wird, Erbe zu werden. Das österr. Recht giebt einen Ersatz dafür in der amtlichen Verlassenschaftsabhandlung, welche im Interesse

---

[1]) Windscheid § 585 Anm. 8, 9; Seuffert's Archiv 18 Nr. 153, 19 Nr. 248, § 584 Anm. 24 (in Ansehung der actio suppletoria vertritt er die Vererblichkeit, Anm. 5); Roth § 348 Anm. 40; bayr. L. R. III, 3 § 16 Nr. 10; code civil Art. 921. Für die Vererblichkeit und Uebertragbarkeit österr. G. B. § 775, Unger §§ 85, 86; für preuß. A. L. R. Schultzenstein S. 184 ff., Eccius § 248 Anm. 172—176, Dernburg § 207 Anm. 4—6.

[2]) Vergl. Schultzenstein S. 184 ff. für die Pfändbarkeit; dagegen Dernburg § 207 Anm. 6.

Pflichttheilsberechtigter mindestens dann, wenn diese minderjährig sind, eintritt, bis der Berechtigte befriedigt oder sichergestellt ist (Ges. v. 9. August 1854 §§ 160, 162). In dieser Beziehung kann sich der Entwurf mit Rücksicht auf seine zu den §§ 2058, 2059 dargelegte Auffassung in Ansehung der Mitwirkung des Gerichtes dem österr. Rechte nicht anschließen. Aber auch die Frage, ob nicht, da ein gesetzliches Faustpfand nach den §§ 40, 41 der Konk. O. nicht gewährt werden kann, dem Pflichttheilsberechtigten wenigstens ein gesetzlicher Titel zur Hypothek einzuräumen sei, ist zu verneinen. Hat der Berechtigte einen vollstreckbaren Titel erlangt, so kann er nach dem § 1130 eine Zwangshypothek eintragen lassen. Ist der Pflichttheil noch nicht auf einen bestimmten Betrag festgestellt, so gewährt der § 1132 dem Pflichttheilsberechtigten die Möglichkeit, einen Arrestbefehl mit einstweiliger Feststellung eines bestimmten Pflichttheilshöchstbetrages zu erwirken und daraufhin eine Sicherungshypothek zu erlangen. Dies erscheint ausreichend.

gesetzlicher Titel zur Hypothek.

Eine Vorschrift über den Verzicht des Pflichttheilsberechtigten auf den Pflichttheilsanspruch[1]) ist entbehrlich. Auf das persönliche Forderungsrecht, welches der Entwurf dem Pflichttheilsberechtigten gewährt, kann durch ein nach den Vorschriften über den Erlaßvertrag zu beurtheilendes Rechtsgeschäft verzichtet werden. Die Vorschriften des § 290 genügen und lassen nach keiner Richtung Raum für Zweifel.

Verzicht des Pflichttheilsberechtigten;

Die Annahme des Hinterlassenen für sich allein enthält nicht einen Verzicht auf das Recht, die Ergänzung des Pflichttheiles zu fordern; dies bedarf keines besonderen Ausdruckes. Das geltende Recht entscheidet hierüber verschieden, je nach dem Standpunkte, welchen es in der prinzipiellen Behandlung des Pflichttheilsanspruches einnimmt[2]). Die einfache Annahme des Hinterlassenen läßt in den Fällen, in welchen das Hinterlassene oder dessen Werth nur auf den Pflichttheil in Abrechnung zu kommen hat, insonderheit bei einem unbeschwerten Erbtheile oder Vermächtnisse (§§ 1979, 1980), nicht auf das Zustandekommen eines Erlaßvertrages schließen. In anderen Fällen richtet sich die Wirkung der Annahme nach den Vorschriften des § 1981.

Annahme des Hinterlassenen.

Wegen der vor dem Tode des Erblassers über einen Pflichttheilsanspruch geschlossenen Verträge bestimmt der § 349 Abs. 2 (vergl. Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 186). Daß in dem § 349 von dem Vertrage über einen Pflichttheilsanspruch die Rede ist, obschon ein solcher Anspruch vor dem Tode des Erblassers nicht besteht, also in einem solchen Vertrage der Pflichttheilsanspruch nur als ein künftig entstehender in Betracht kommen kann, wird zu Bedenken nicht Anlaß geben können.

Verträge über einen Pflichttheilsanspruch vor dem Erbfalle.

---

[1]) Mommsen § 522 (dessen Mot. S. 495).

[2]) Windscheid § 585 Anm. 3; Roth § 347 Anm. 23; Unger § 85 Anm. e; preuß. A. L. R. II, 2 §§ 438, 439 mit I, 12 § 612, dazu Eccius § 248 S. 379, 380, Dernburg § 207 Anm. 29 und § 229 Anm. 4; sächs. G. B. § 2615 und die diesem folgenden thüring. Erbgesetze; Mommsen § 520.

§ 1993.

2. Pflichttheilslast. Verpflichtete.

Beschwerter Alleinerbe.

Ist der Erbe mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert, so erhebt sich die Frage, ob die Pflichttheilslast den Erben allein oder auch die Vermächtnißnehmer und die aus der Auflage Berechtigten treffen soll. Die dispositive, für die zweite Alternative entscheidende Vorschrift bringt zugleich durch die Fassung zum Ausdrucke, daß der Erblasser auch einen Vermächtnißnehmer damit beschweren kann, die Pflichttheilslast im Verhältnisse zum Erben allein zu tragen. In der Regel ist als Wille des Erblassers anzunehmen, der Vermächtnißnehmer solle die Pflichttheilslast in dem Verhältnisse mittragen, in welchem der dem Erben verbleibende Reinwerth des Nachlasses zu dem Werthe des ihm Zugewendeten steht, also insoweit eine Kürzung des Vermächtnisses dulden, und der Erbe solle befugt sein, den von ihm zur Erfüllung einer Auflage zu machenden Aufwand in entsprechender Weise einzuschränken. Immerhin kann jedoch der Erblasser daran nichts ändern, daß gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten der Erbe allein haftet. Demgemäß handelt es sich nur um eine Ergänzung der letztwilligen Verfügung dahin, daß eine solche Theilung der Last als von dem Erblasser gewollt anzunehmen ist, sofern nicht der Erblasser ein Anderes bestimmt hat.

Die innere Berechtigung der Vorschrift erhellt daraus, daß von mehreren geltenden Rechten eine solche Vermuthung aufgestellt ist[1]). In der That spricht auch eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Erblasser nicht davon ausgegangen ist, der Pflichttheilsanspruch solle von dem Erben allein getragen werden, daß er vielmehr eine entsprechende Minderung der Beschwerungen eintreten lassen wollte. Die Frage ist praktisch zu wichtig, um nicht eine Entscheidung in diesem Sinne aufzunehmen (vergl. S. 207).

Von selbst versteht es sich, daß, wenn der Erblasser sich im Irrthume befand über das Vorhandensein eines Pflichttheilsberechtigten, die Vorschriften des § 1782, nicht aber die des § 1993 zur Anwendung gelangen.

Vorzugsweise zu befriedigende Vermächtnisse.

Darüber, ob auch Vermächtnisse zu kürzen sind, deren vorzugsweise Befriedigung der Erblasser angeordnet hat, oder ob diese erst dann zu kürzen sind, wenn die übrigen Vermächtnisse den zu kürzenden Betrag nicht erreichen, würde eine Vorschrift nicht angemessen sein. Solche besonders geartete Fälle bleiben besser der Beurtheilung nach den Umständen des Falles überlassen, zumal es stets auf Auslegung des Willens des Erblassers ankommen wird.

Unmittelbarer Anspruch an den Vermächtnißnehmer.

Daß der Pflichttheilsberechtigte sich unmittelbar an die Vermächtnißnehmer solle halten dürfen[2]), ist nicht bestimmt. Dem Erblasser kann die Befugniß nicht eingeräumt werden, den Pflichttheilsberechtigten an andere Personen als den Erben zu verweisen.

---

[1]) Preuß. A. L. R. II, 2 §§ 434, 435; österr. G. B. § 783; Mommsen § 499 Abs. 3; hess. Entw. Art. 122; ferner Windscheid § 584 Anm. 3; Unger § 85 Anm. 4 und wegen des preuß. A. L. R. I, 12 §§ 332—335, Eccius § 248 S. 374—377, gegen diesen aber Dernburg § 702 S. 596, 597.

[2]) Vergl. preuß. A. L. R. II, 2 § 435; Windscheid § 584 Anm. 3; Dernburg § 207 hinter Anm. 15; Mommsen §§ 500 ff.

Noch weniger besteht ein Bedürfniß, dafür zu sorgen, daß und wie das gegen den Erben ergangene Urtheil gegen die Vermächtnißnehmer wirke, welche die Pflichttheilslast verhältnißmäßig zu tragen haben. Auch in dieser Beziehung genügt der § 192 Abs. 1 (vergl. S. 205, 206). Wirkung des Urtheiles gegen die Vermächtnißnehmer.

§ 1994.

Daß mehrere Erben für den Pflichttheilsanspruch haften, ist bereits den §§ 1976, 1979 zu entnehmen. Diese Vorschriften werden hier ergänzt, indem die Haftung der mehreren Erben näher geregelt wird. Die Pflichttheilslast gilt als Nachlaßverbindlichkeit; dies ergiebt sich aus den §§ 2092, 2117, 2133. Haftung mehrerer Erben

Die Vorschrift, daß die mehreren Erben nach Verhältniß der Erbtheile haften, kann als eine Folge der angezogenen Vorschriften entbehrlich erscheinen. Allein ohne die Vorschrift würde zweifelhaft bleiben, ob die Regel des § 320 (Theilung nach Köpfen) bei einer Mehrheit von Schuldnern Geltung behält, oder ob diese Regel eine Ausnahme erleidet. Für Vermächtnißverbindlichkeiten bestimmt der § 1843 eine solche Ausnahme, aber nur als Auslegungsregel dahin, daß anzunehmen sei, der Erblasser habe eine abweichende Vertheilung der Haftung, nämlich eine Theilung nach Verhältniß der Erbtheile, bestimmen wollen. Die letztere Vorschrift kann nicht außer Zweifel stellen, daß, wenn die Haftung für den Pflichttheilsanspruch den Erben auferlegt wird, eine ähnliche von der Regel abweichende Theilung der Pflichttheilsschuld bestimmt werden sollte. Vielmehr würde es näher liegen, die Vorschriften über die Theilung der vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten des Erblassers unter den Erben (§ 2051) entsprechend auf die Pflichttheilsverbindlichkeit anzuwenden. Auf diese Vorschrift zu verweisen, ist deshalb nicht zulässig, weil Modifikationen erforderlich sind, da die Pflichttheilsverbindlichkeit nicht in allen Beziehungen ebenso geltend gemacht werden kann, wie eine vermögensrechtliche Verbindlichkeit des Erblassers. nach Verhältniß der Erbtheile.

Gegenüber dem § 1979 ist nicht erforderlich, noch besonders klarzustellen, welche Folgen sich ergeben, wenn der Pflichttheilsberechtigte selbst Miterbe ist und den Werth des Bruchtheiles, welcher ihm an dem ihm gebührenden Pflichttheilsbruchtheile fehlt, verlangt.

Der Erblasser kann mit Wirksamkeit gegen den Pflichttheilsberechtigten die Art der Theilung der Pflichttheilsverbindlichkeit unter den Erben nicht ändern, wohl aber kann er einen Erben dahin beschweren, daß dieser im Verhältnisse zu einem anderen Erben verpflichtet sei, den den letzteren treffenden Bruchtheil der Pflichttheilsverbindlichkeit zu tragen, also den Pflichttheilsberechtigten wegen dieses Bruchtheiles zu befriedigen (§ 318 Abs. 1). Dies wird zur Vermeidung von Mißverständnissen im zweiten Satze hervorgehoben. Abweichende Anordnung.

§§ 1995—1998.

Die Vorschriften der §§ 1995—1998 wenden sich zu der Haftung der mehreren Erben im Verhältnisse zu einander. Der § 1995 befaßt sich nur mit Haftung der Erben im Verhältnisse zu einander.

Ausschließung des Pflichttheilsberechtigten.

dem Falle, daß an Stelle des von der Erbfolge ausgeschlossenen Pflichttheilsberechtigten in Folge der Ausschließung des Pflichttheilsberechtigten ein Anderer als gesetzlicher Erbe tritt und mehrere Erben vorhanden sind. Dem an die Stelle des Pflichttheilsberechtigten Tretenden wird im Verhältnisse mehrerer Erben zu einander die Pflichttheilslast in Höhe des erlangten Vortheiles auferlegt und, wenn der Pflichttheilsberechtigte mit einem Vermächtnisse bedacht ist, in gleicher Weise auferlegt, das Vermächtniß in Höhe des erlangten Vortheiles zu tragen. Der Pflichttheilsberechtigte ist auch in diesem Falle befugt, sich nach Maßgabe des § 1994 an die Erben in der dort näher bestimmten Weise zu halten. Den Erben aber den bezeichneten obligatorischen Ausgleichungsanspruch beizulegen gegenüber demjenigen, welcher den durch die Ausschließung des Pflichtberechtigten an ihn fallenden Erbschaftsbruchtheil erhält, ist deshalb angemessen, weil dies dem anzunehmenden Willen des Erblassers in der Regel entsprechen wird. Dem etwa abweichenden Willen des Erblassers sichert der § 1998 die gebührende Beachtung. Zu berücksichtigen sind hier insbesondere die Fälle, in welchen der entzogene Erbtheil den Abkömmlingen dessen, welcher von der Erbfolge ausgeschlossen ist, oder aber einem einzelnen Miterben oder nur einigen Miterben zukommt. Aber auch dann, wenn dem von der Erbfolge Ausgeschlossenen ein Vermächtniß zugewendet ist und dieser dasselbe annimmt (von dem Falle der Ausschlagung handelt der § 1996), wird als Wille des Erblassers in der Regel anzunehmen sein, daß der an dessen Stelle als gesetzlicher Erbe Getretene im Verhältnisse der Erben unter einander das Vermächtniß in Höhe des erlangten Vortheiles tragen soll, und zwar ohne Unterschied, ob dem Pflichttheilsberechtigten der Pflichttheil wirksam entzogen ist und er in Folge dessen mit dem Vermächtnisse zufrieden sein muß, oder ob er, weil er mit dem Vermächtnisse zufrieden ist, durch Annahme des Vermächtnisses den Pflichttheilsanspruch aufgiebt.

Ausschlagung einer Zuwendung.

Die Vorschriften des § 1996 betreffen einen ganz anderen Fall als der § 1995, nämlich den besonderen Fall, daß durch Ausschlagung des dem Pflichttheilsberechtigten Hinterlassenen, und zwar sowohl einer Zuwendung als des in Gemäßheit der gesetzlichen Erbfolge Angefallenen, für diesen der Pflichttheilsanspruch begründet wird. In diesem Falle erhebt sich die doppelte Frage, wer die Pflichttheilslast im Verhältnisse unter den Erben trage, und wer die auf dem ausgeschlagenen Hinterlassenen lastenden Beschwerungen zu tragen habe. Die erste Frage wird dahin beantwortet (Abs. 1), daß die Pflichttheilslast von demjenigen getragen wird, welchem der Wegfall der ausgeschlagenen Zuwendung oder die in Gemäßheit der gesetzlichen Erbfolge angefallene Erbschaft zu statten kommt.

Es kommen, abgesehen von der Ausschlagung der durch gesetzliche Erbfolge angefallenen Erbschaft, folgende Fälle in Betracht:

Erbeinsetzung.

I. Das Hinterlassene besteht in einer Erbeinsetzung. Der ausgeschlagene Erbtheil fällt nur an einen oder einige Miterben kraft des engeren Anwachsungsrechtes (§ 1797 Abs. 2), z. B. der Eingesetzte ist ein Enkel des Erblassers, welcher neben anderen Enkeln, seinen Geschwistern, und neben Kindern des Erblassers eingesetzt ist. Nur für diese Fälle ist vorzusehen, nicht für diejenigen, in welchen die Ausschlagung allen Miterben in gleicher Weise zum

Vortheile gereicht. Dagegen ist auch noch der Fall hierher zu ziehen, in welchem der ausgeschlagene Erbtheil auf Grund des § 1972 vermöge der successio gradus an andere Personen als die eingesetzten Erben fällt, z. B. der Fall, daß der Pflichttheilsberechtigte ein Sohn des Erblassers ist und Kinder hat.

Vermächtniß.

II. Das dem Pflichttheilsberechtigten Hinterlassene besteht in einem Vermächtnisse, mit welchem nur ein Erbe beschwert ist, sodaß nur dieser von der Ausschlagung des Vermächtnisses Vortheil hat.

Untervermächtniß.

III. Das dem Pflichttheilsberechtigten Hinterlassene besteht in einem Vermächtnisse, mit welchem ein Vermächtnißnehmer oder ein Untervermächtnißnehmer beschwert ist.

Alle diese Fälle, einschließlich der Ausschlagung der in Gemäßheit der gesetzlichen Erbfolge angefallenen Erbschaft, trifft die Vorschrift des ersten Absatzes. Selbstverständlich kann auch in allen diesen Fällen der Erblasser dem Pflichttheilsberechtigten nicht andere Schuldner aufdrängen. Der Berechtigte ist befugt, sich in Gemäßheit des § 1994 an die Erben nach Verhältniß ihrer Erbtheile zu halten. Dagegen werden den Erben obligatorische Ausgleichungsansprüche beigelegt gegenüber denjenigen, welche von dem durch die Ausschlagung frei werdenden Erbschaftsbruchtheile einen Vortheil erlangen, oder welchen dadurch, daß das dem Pflichttheilsberechtigten hinterlassene Vermächtniß nicht zu entrichten ist, ein Vortheil erwächst. Die Vorschrift erscheint deshalb angemessen, weil es dem anzunehmenden Willen des Erblassers in der Regel entsprechen wird, daß das dem Berechtigten von ihm Hinterlassene in erster Reihe zur Befriedigung des Berechtigten verwendet werde. Es wird davon ausgegangen, daß eine solche Uebertragung der Pflichttheilslast als durch die letztwillige Verfügung angeordnet anzusehen ist. Eine dies zum Ausdrucke bringende Dispositivvorschrift entspricht einem dringenden Bedürfnisse, da nur selten von einem Erblasser durch besondere Anordnung vorgesehen wird, um eine solche Zweckbestimmung des dem Pflichttheilsberechtigten Hinterlassenen bei dem Uebergange desselben auf andere Personen zu wahren. Daß es sich um eine Dispositivvorschrift handelt, spricht der § 1998 noch besonders aus. Da nur der von dem Gewinnenden durch die Ausschlagung erlangte Vortheil als in dieser Weise beschwert gelten kann, nicht aber dasjenige, was sonst dem Gewinnenden aus dem Nachlasse zugefallen ist, so darf die nach dem vermuthlichen Willen des Erblassers anzunehmende Verpflichtung nur dahin bestimmt werden, daß der Gewinnende bis zum Betrage des Reinvortheiles, welcher ihm in Folge der Ausschlagung zugeht, zur Erfüllung des Pflichttheilsanspruches beizutragen hat.

Beschwerungen der hinterlassenen Zuwendung.

Die zweite Frage, wer die auf dem ausgeschlagenen Hinterlassenen haftenden Beschwerungen zu tragen hat, beantwortet schon der § 1876 Abs. 2. Der zweite Absatz des § 1996 fügt aber eine nicht selbstverständliche Besonderheit hinzu. Ist das dem Pflichttheilsberechtigten von dem Erblasser Hinterlassene oder das ihm in Gemäßheit der gesetzlichen Erbfolge Angefallene von dem Erblasser mit Vermächtnissen oder Auflagen beschwert und ergiebt sich unter Berücksichtigung der nach dem § 1996 Abs. 1 dem Gewinnenden auferlegten Verpflichtung, den Pflichttheilsanspruch zu erfüllen, eine Ueberschwerung, so

tritt in Gemäßheit der §§ 1881, 1882, 1887 eine Kürzung der Beschwerungen ein. Bei dieser Kürzung gebührt der Verpflichtung gegenüber dem Erben zur Erfüllung des Pflichttheilsanspruches der Vorrang vor den übrigen Beschwerungen, weil der Wille des Erblassers anzunehmen ist, es solle das dem Berechtigten von ihm Hinterlassene zunächst zu diesem Zwecke verwendet werden. In Ansehung der haftenden Erben bestimmen die §§ 2117, 2133 diesen Vorrang. Ein gleicher Vorrang vor den sonstigen Beschwerungen des Vermächtnißnehmers muß der Verpflichtung beigelegt werden, welche in den bezeichneten Fällen einen Bedachten trifft, dem die Befriedigung des Pflichttheilsberechtigten zunächst obliegt, und welche dahin geht, im Verhältnisse zu den Erben die Pflichttheilslast zu tragen. Dies wird dahin ausgedrückt, derjenige, welchem die Ausschlagung zu statten kommt, sei in demselben Maße, wie der Ausschlagende gehaftet haben würde, verpflichtet, jedoch nur in Höhe desjenigen, was nach Abzug des Pflichttheilsanspruches übrig bleibt.

Nicht von dem Erben zu tragende Pflichttheilslast.

Nach dem § 1993 ist der Erbe berechtigt, wegen eines Pflichttheilsanspruches dem Vermächtnißnehmer Abzüge zu machen. Diese Abzüge sind nicht gerechtfertigt, wenn nach Maßgabe der §§ 1995, 1996 im Verhältnisse der Erben zu einander der beschwerte Erbe die Pflichttheilslast nicht zu tragen hat, die Last vielmehr derjenige trägt, welcher durch die Ausschließung oder Ausschlagung des Pflichttheilsberechtigten gewinnt. Einer solchen Unbilligkeit wird entgegengetreten, indem bestimmt wird, das Recht, in Gemäßheit des § 1993 die Vollziehung eines Vermächtnisses oder einer Auflage zu verweigern, sei insoweit ausgeschlossen, als die Pflichttheilslast nach den §§ 1995, 1996 von dem Erben nicht zu tragen ist (§ 1997). Die Vorschrift beruht darauf, daß in den bezeichneten Fällen ein abweichender Wille des Erblassers zu Tage liegt.

Den weiteren Fall, daß nach Maßgabe der §§ 1995, 1996 der beschwerte Erbe die Pflichttheilslast verhältnißmäßig zu tragen hat, daß also die Last nicht ausschließlich dem durch die Ausschließung oder Ausschlagung des Pflichttheilsberechtigten Gewinnenden zur Last fällt, sondern zu einem Theile auch dem beschwerten Erben obliegt, hat der Entwurf der Entscheidung durch Praxis und Wissenschaft überlassen. Der Sachlage würde vielleicht eine Vorschrift dahin entsprechen, daß der dem beschwerten Erben noch zur Last fallende Betrag gleich einer Nachlaßverbindlichkeit auf den Werth des Erbtheiles in Abzug zu bringen sei und daß hiernach der Verhältnißmaßstab zur Kürzung der Vermächtnisse und Auflagen in Gemäßheit des § 1993 sich ergebe. Allein eine Vorschrift dieses Inhaltes würde, um vollkommen deutlich und verständlich zu sein, eines sehr umständlichen Ausdruckes bedürfen und ist schon deshalb besser zu übergehen, weil es sich um seltene Fälle handelt.

Dispositivnormen.

Die Vorschriften der §§ 1995—1997 sind, wie schon erwähnt, nur Dispositivnormen. Der Erblasser ist befugt, zu bestimmen, daß die Erben im Verhältnisse zu einander die Pflichttheilslast in anderer Weise zu tragen haben. Dies hervorzuheben, ist insbesondere im Hinblicke auf die §§ 1993, 1994 rathsam, weil es sonst den Anschein gewinnen könnte, als sei die Verfügungsmacht des Erblassers auf die Fälle der §§ 1993, 1994 beschränkt und ihm stehe nicht die Befugniß zu, Abweichungen von der nach den §§ 1995—1997 sich ergebenden Haftung anzuordnen.

Durch eine besondere Vorschrift klarzustellen, daß der Voraus des Ehegatten (§ 1971 Abs. 3) zu Gunsten des Pflichttheiles der Eltern nicht gekürzt werden kann, könnte für angemessen erachtet werden, um zu verhindern, daß ein dritter eingesetzter Erbe (heres extraneus) dem Ehegatten um des Pflichttheiles eines Elterntheiles willen Abzüge macht, wenn er durch den dem überlebenden Ehegatten gebührenden Voraus und gleichzeitig zu Gunsten eines Elterntheiles mit der gesetzlichen Pflichttheilslast beschwert ist. Dahingestellt bleiben kann, ob für ein solches Abzugsrecht noch Raum ist, nachdem im § 1987 vorgeschrieben ist, für die Bestimmung des Pflichttheiles des Vaters oder der Mutter des Erblassers sei der Voraus als nicht zum Nachlasse gehörend anzusehen. Jedenfalls besteht kein Bedürfniß, eine Vorschrift so kasuistischer Natur aufzunehmen.

Voraus des Ehegatten.

§ 1999.

VI. Verjährung des Pflichttheilsanspruches.

Frist.

Für die Verjährung des Pflichttheilsanspruches wird von dem geltenden Rechte zumeist eine abgekürzte Frist bestimmt. Nach gemeinem Rechte verjährt die querela inofficiosi testamenti in fünf Jahren, während allerdings für die actio suppletoria, wenigstens nach der herrschenden Ansicht, die dreißigjährige Frist festgehalten wird[1]). Dem gemeinen Rechte folgen das bayr. L. R. III, 3 § 15 Nr. 13 und § 16 Nr. 3, das württemb. Recht (vergl. Stein § 83 Nr. 3) und viele Rechte beschränkten Geltungsgebietes. Der hess. Entw. Art. 126 hat eine fünfjährige Frist, das sächs. G. B. § 2616 und das österr. G. B. § 1487 eine dreijährige Frist. Das preuß. A. L. R. II, 2 § 440 und Mommsen § 521 setzen die Frist sogar auf zwei Jahre fest, indessen wird in Ansehung des preuß. A. L. R. gestritten, ob nicht für die actio suppletoria eine dreißigjährige Frist maßgebend sei[2]). Einige Rechte beschränkten Geltungsgebietes[3]) und das ältere lüb. Recht[4]) bestimmen noch kürzere Fristen.

Der Entwurf hat sich für die dreijährige Frist entschieden mit Rücksicht darauf, daß die Feststellung des Nachlaßwerthes immerhin geraume Zeit in Anspruch nehmen kann, daß aber andererseits diese Frist ausreichend erscheint und im Interesse der Verpflichteten nicht wünschenswerth ist, allzu lange im Zweifel zu lassen, ob und welche Ansprüche erhoben werden, daß ferner nach längerer Zeit die Schwierigkeiten der Feststellung des Nachlasses sich mehren.

Beginn der Frist.

Der Beginn der Verjährung wird auf den Zeitpunkt bestimmt, in welchem der Pflichttheilsberechtigte von dem Eintritte des Erbfalles und von der Verfügung, durch welche sein Pflichttheilsrecht beeinträchtigt ist, Kenntniß erlangt hat (Abs. 1 Satz 2). Eine besondere Vorschrift ist erforderlich, weil im Allgemeinen nach dem § 158 Abs. 1 die Verjährung mit dem Zeitpunkte beginnt, in welchem die Befriedigung des Anspruches rechtlich verlangt werden

[1]) Windscheid § 585 Anm. 5; Roth § 343 Anm. 36, § 347 Anm. 25.

[2]) Dernburg § 207 Anm. 22, 24; Eccius § 248 bei Anm. 182 ff.; Schultzenstein S. 254.

[3]) Roth § 343 Anm. 36 und frankf. Ref. IV, 10 § 1.

[4]) Plitt S. 97; Pauli III S. 276.

kann. Dieser Zeitpunkt ist hier der Zeitpunkt der Entstehung des Pflichttheilsanspruches, also nach dem § 1992 Abs. 1 der Zeitpunkt des Erbfalles. Der § 158 Abs. 1 nimmt für die Regel keine Rücksicht auf das subjektive Hinderniß, welches in der Unkenntniß des Berechtigten von der Entstehung seines Anspruches liegt (Motive zum Allg. Th. S. 307 ff.). Von dieser Regel muß in Ansehung des Pflichttheilsanspruches eine Ausnahme vorgeschrieben werden. Die Anwendung der Regel ist um so mehr auszuschließen, als, wenn dem Pflichttheilsberechtigten die Stellung als Erbe gewahrt bliebe, ihm der der ordentlichen Verjährung nicht entzogene Erbschaftsanspruch zustehen würde, und der Pflichttheilsberechtigte zu hart getroffen würde, wenn der Anspruch verjähren könnte, ohne daß er von der ihm widerfahrenen Verletzung Kenntniß hat. Dem Pflichttheilsberechtigten ist gewissermaßen ein Unrecht geschehen. Die Folgen dieses Unrechtes können nicht durch eine abgekürzte Verjährung aufgehoben werden, bevor der Verletzte von der ihm zugefügten Verletzung Kenntniß erlangt hat. Auf einer ähnlichen Auffassung beruhen die §§ 719, 1447 Abs. 1, 2 und der § 1785. Deshalb wird die wirkliche Kenntniß von der beeinträchtigenden Verfügung verlangt und nicht auf die Verkündung der verletzenden Verfügung allein gesehen, da es immerhin möglich bleibt, daß auch von der verkündeten Verfügung der Pflichttheilsberechtigte Kenntniß nicht erlangt hat. Von dem dargelegten Ausgangspunkte aus läßt sich vertreten, daß Kenntniß der erlittenen Verletzung zu erfordern sei (vergl. § 719). Der Einfachheit wegen und weil die Kenntniß der das Pflichttheilsrecht beeinträchtigenden Verfügung in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ausreichend erscheint, um die Verletzung zu erkennen, wird von dem Erfordernisse der Kenntniß der Verletzung abgesehen. Die Möglichkeit einer unrichtigen Auffassung der Verfügung (z. B. ob dieselbe eine Erbeinsetznng oder ein Vermächtniß enthält) ist zwar nicht zu leugnen; dieselbe liegt aber doch zu fern, um eine besondere Berücksichtigung im Interesse des Pflichttheilsberechtigten zu verdienen. Bezieht sich die Unkenntniß des Pflichttheilsberechtigten auf den Bestand der Nachlaßmasse, so gewährt ihm deshalb der Entwurf keinen besonderen Schutz; allein seine Unkenntniß kann nach dem § 2034 unter Umständen zu einer Anfechtung der Annahmeerklärung führen, durch welche der Pflichttheilsanspruch wieder auflebt.

Das geltende Recht weicht zum Theil ab, jedoch stimmt der Entwurf im Wesentlichen überein mit dem preuß. A. L. R.[1]) und kommt nahe dem sächs. G. B. § 2616 (Mommsen § 521), nach welchem das Bekanntwerden der letztwilligen Verfügung oder des Erbvertrages maßgebend ist[2]).

Subsidiäre Frist.

Eine subsidiäre Fristbestimmung (Abs. 2) ist beigefügt, um — wie in den Fällen der §§ 719, 1447, 1785 — zu verhindern, daß die Hinausschiebung des Beginnes der Verjährung dazu führt, daß der Anspruch noch fortbesteht,

[1]) Dernburg § 207 Anm. 25; Eccius § 248 Anm. 184.

[2]) Andere Rechte beschränkten Geltungsgebietes und der hess. Entw. Art. 126 lassen die Frist mit der Testamentseröffnung beginnen. Soweit Antretungserwerb vorgeschrieben ist, beginnt die Verjährung zumeist mit der Antretung der Erbschaft; Windscheid § 585 Anm. 7; österr. G. B.; u. A.

obschon er nach den Vorschriften über die ordentliche Verjährung bereits verjährt sein würde.

Ausschließung der Hemmung, falls eine Ausschlagung zur Geltendmachung erforderlich ist.

Vorgesehen ist ferner für die Fälle der §§ 1980—1982. Ist dem Pflichttheilsberechtigten ein Vermächtniß zugewendet oder ist ihm ein Erbschaftsbruchtheil beschwert oder beschränkt hinterlassen, so ist zu der Zeit, in welcher der Pflichttheilsanspruch entsteht, ein rechtliches Hinderniß gegeben, welches die Rechtsverfolgung nicht gestattet (§ 162 Abs. 1), mithin auch dem Beginne der Verjährung entgegensteht (§ 161). Denn, solange das Hinterlassene nicht ausgeschlagen ist, wird die Geltendmachung des Anspruches durch eine Einrede gehindert. In gleicher Weise, wie im § 162 Abs. 2 für die Fälle der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, der Zurückbehaltung und der Vorausklage geschehen ist, wird bestimmt, daß die Verjährung dadurch, daß die Geltendmachung des Anspruches von der erfolgten Ausschlagung des Hinterlassenen abhängig ist, nicht gehemmt wird (Abs. 3; vergl. Motive zum Allg. Th. S. 314). Das bezeichnete Hinderniß theilt mit den im § 162 Abs. 2 bezeichneten Einreden das gemeinsame Merkmal, daß der Berechtigte (dort der Gläubiger), gegen welchen die Verjährung laufen würde, das Hinderniß, welches der Geltendmachung des Anspruches entgegensteht, nicht nur beseitigen kann, sondern auch beseitigen soll. Allerdings knüpft sich an das Sollen nicht eine Verpflichtung, welche zum Schadensersatze verbindlich macht, sondern nur die Bedrohung mit Rechtsnachtheilen für den Fall der Verzögerung. Ein solches Sollen ist auch hier anzunehmen, denn es besteht immerhin, ähnlich wie bei den Schuldverhältnissen mit Wahlrecht, ein rechtliches Interesse des Erben als des Schuldners des Pflichttheilsanspruches und im Zusammenhange damit eine Art von Rechtspflicht des Pflichttheilsberechtigten, daß dieser sich entscheide, ob er das Hinterlassene ausschlagen wolle oder nicht. Eine besondere Vorschrift ist erforderlich, da der § 162 Abs. 2 nur für gewisse Fälle eine Entscheidung giebt. Wenn auch nicht geradezu ausgeschlossen ist, aus dem § 162 eine höhere Regel zu entnehmen (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 314), so verdient es doch den Vorzug, in Anbetracht der Wichtigkeit dieses Falles, eine besondere Vorschrift, und zwar des Zusammenhanges wegen an dieser Stelle, aufzunehmen. Die Hinausschiebung des Beginnes der Verjährung bis zur erfolgten Ausschlagung würde schon deshalb nicht angemessen sein, weil damit ein bestimmter Anfangstermin nicht gewonnen würde und der Zweck der kurzen Verjährung vereitelt werden könnte.

Eine entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften des § 167 vorzuschreiben, besteht mindestens kein Bedürfniß. Der § 167 enthält im ersten Absatze eine Ausnahme gegenüber der Vorschrift des § 162 Abs. 1. Die im Falle des Todes des Schuldners sich ergebende rechtliche Hinderung des Gläubigers, welche daraus entsteht, daß zur Zeit ein Erbe oder Nachlaßpfleger fehlt, oder welche eintritt in Folge des dem überlegenden Erben während der Ueberlegungsfrist zu gewährenden Einredenschutzes (§ 2057), söll nur die besondere, im § 167 Abs. 2 bestimmte Berücksichtigung finden (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 323). Ob der Wortlaut des § 167 Abs. 1 Ansprüche voraussetze, welche schon gegenüber dem Erblasser begründet sind, oder ob derselbe auch auf solche Ansprüche sich beziehe, welche erst im Augenblicke des Todes

des Erblassers entstehen, und ob, wenn das Letztere anzunehmen ist, die Vermächtniß- und Pflichttheilsansprüche auch in dieser Beziehung den erst mit dem Tode des Erblassers entstehenden Nachlaßverbindlichkeiten gleichzusetzen seien, kann zweifelhaft erscheinen. Diese Fragen haben indessen nur eine geringe praktische Bedeutung, wenigstens in Ansehung des Pflichttheilsanspruches. Denn die Vorschriften des § 167 Abs. 1, 2 sind berechnet auf Ansprüche, bei welchen der Ablauf einer Verjährung in die Zeit zu fallen droht, während deren das Schicksal des Nachlasses noch nicht feststeht und auch ein Vertreter des Nachlasses noch nicht bestellt ist. Diese Zeit ist eine verhältnißmäßig kurze. Bei einer dreijährigen Frist, wie sie der § 1999 bestimmt, wird es nicht wohl vorkommen, daß innerhalb jener Zeit ein Pflichttheilsanspruch zur Entstehung gelangt und auch die Verjährungsfrist abläuft. Sind auch die Vorschriften des § 167 Abs. 2 für den Pflichttheilsanspruch nicht zur Anwendung zu bringen, so wird sich hieraus ein Uebelstand nicht ergeben. Inwieweit ohne Aufnahme einer Vorschrift im Wege der Analogie der § 167 zur Anwendung zu bringen ist, kann der Rechtswissenschaft und Praxis überlassen bleiben.

§§ 2000—2008.

VII. Entziehung des Pflichttheiles. Aufnahme des Institutes.

Im geltenden Rechte wird das in den §§ 2000—2008 behandelte Institut, soweit es aufgenommen ist, „Enterbung" genannt. Es handelt sich um diejenige Verfügung des Erblassers von Todeswegen, durch welche der Erblasser von der ihm unter gewissen Voraussetzungen von dem Gesetze gewährten Machtbefugniß Gebrauch macht, das Pflichttheilsrecht eines nach dem Gesetze an sich Pflichttheilsberechtigten zu verneinen. Der Entwurf hat dafür den Ausdruck „Enterbung" nicht gebraucht. Derselbe paßt nach seinem Wortsinne nicht. Der Wortsinn weist hin auf Verneinung der Erbfolge. Ein Recht auf die Erbfolge giebt aber der Entwurf in den §§ 1975 ff. dem Pflichttheilsberechtigten nicht. Der Ausdruck ist innerlich nur gerechtfertigt, wenn das Gesetz dem Pflichttheilsberechtigten ein Notherbrecht giebt. Würde der Ausdruck „Enterbung" beibehalten, so würde dies nur zu Dunkelheiten führen. Ein Uebelstand wird sich aus der Ersetzung des Ausdruckes durch „Entziehung des Pflichttheiles" nicht ergeben. Wenn auch im Rechtsverkehre das Wort „Enterbung" noch längere Zeit vorkommen wird, so ist doch nicht zu besorgen, daß daraus Nachtheile entstehen werden. Der § 1778 sichert die Abhülfe durch die freie, an das Wort sich nicht bindende Auslegung der Verfügung des Erblassers. Jedenfalls wäre es ein weit größerer Uebelstand, wenn das Gesetz selbst inkorrekt und zweideutig sich ausdrückte.

Das Wort „Enterbung".

Das Institut ist dem franz. Rechte unbekannt; dort wird dagegen die Unwürdigkeit nicht unerheblich erweitert, oder es werden doch die Enterbungsgründe des gemeinen Rechtes, wenigstens theilweise, unter die Unwürdigkeitsgründe verwiesen[1]). Der hess. Entw. gestattet nicht die Enterbung der Aszendenten, läßt zwar die volle Enterbung des Ehegatten zu, gewährt aber nicht

[1]) Vergl. Zachariae § 686.

die Befugniß, Deszendenten mehr als den halben Pflichttheil zu entziehen (Art. 116 ff.; Mot. dazu S. 82, 87). Das in Deutschland geltende Recht kennt, wenn vom franz. Rechte abgesehen wird, durchweg die Enterbung, so bereits einzelne Volksrechte und von den deutschen Gesetzbüchern schon das ostfries. L. R. von 1559 II, 44[1]).

Spezialisirung der Gründe.

Auf die sich erhebenden einzelnen Fragen wird bei der Begründung der aufgenommenen Vorschriften eingegangen werden. Nur zwei Fragen sind als für mehrere Vorschriften von Bedeutung vorweg zu erledigen. Es sind die unter sich zusammenhängenden Fragen, ob die Pflichttheilsentziehungsgründe im Einzelnen aufzuzählen seien und ob oder inwieweit der analogen Anwendung Raum zu lassen sei. Eine Spezialisirung hat von den in Deutschland geltenden Rechten, soviel ermittelt, nur das lüb. Ges. v. 1862 unterlassen[2]). Wenn dasselbe im Art. 24 bestimmt, es könne enterbt werden „wer sich der Zuneigung des Erblassers unwürdig gemacht hat", so ist damit keine befriedigende Generalisirung gegeben; eine solche läßt sich auch nicht wohl geben. Bei dem Widerrufe der Schenkung hat der Entwurf im § 449 gleichfalls die einzelnen Gründe aufgezählt. Nur durch eine solche Aufzählung kann zahlreichen Streitigkeiten in der Praxis vorgebeugt werden.

Entsprechende Anwendung der Gründe.

Die entsprechende Anwendung der einzelnen Gründe der Enterbung ist im geltenden Rechte für das gemeine Recht streitig[3]), dagegen anerkannt insbesondere in den älteren Rechten (vergl. bayr. L. R. III, 3 § 16 Nr. 5 „andere dergleichen von der nämlichen oder noch größeren Stärke", u. A.). Ausgeschlossen ist die analoge Anwendung im preuß. A. L. R. II, 2 § 410, im sächs. G. B. § 2575 („nur dann"), in den thüring. Erbgesetzen, und schon in älteren Rechten[4]), auch wohl nach Mommsen (§ 489). Der Entwurf beschränkt sich darauf, durch Einfügung des Wortes „nur" in den § 2000 erkennbar zu machen, daß die in den folgenden Vorschriften enthaltene Regelung der Gründe der Pflichttheilsentziehung eine erschöpfende ist. Diese Hinweisung genügt hier wie im Falle des § 1440 Abs. 2. Denn, wenn das Gesetz die Voraussetzungen begrenzt, unter welchen die Pflichttheilsentziehung zulässig und wirksam ist, so läßt sich, da eine Lücke im Gesetze nicht vorliegt, schon aus dem § 1 entnehmen, daß die Fälle der Zulässigkeit einer Pflichttheilsentziehung nicht im Wege der Rechts- oder Gesetzesanalogie vermehrt werden können. Die Auslegung der folgenden Vorschriften wird dadurch nicht mehr beengt, als der Umstand mit sich bringt, daß es sich um Ausnahmevorschriften handelt.

§ 2000.

1. Berechtigung des Erblassers.

Der § 2000 enthält außer der Hinweisung auf die Ausschließung der analogen Anwendung der Gründe für die Pflichttheilsentziehung eine Begriffs-

[1]) Vergl. Stobbe § 306 Anm. 1.
[2]) Vergl. Stobbe § 306 Anm. 11.
[3]) Windscheid § 590 Anm. 1; Roth § 346 Anm. 3.
[4]) Vergl. Stobbe § 306 Anm. 9.

bestimmung, aus welcher erhellt, daß die Entziehung des Pflichttheiles auch die Fälle umfaßt, in welchen der Pflichttheil nur theilweise entzogen oder beschränkt ist.

Wirkung nicht kraft des Gesetzes.

Durch das Vorliegen eines gesetzlichen Grundes, welcher die Pflichttheilsentziehung rechtfertigt, wird die dem Erblasser nach dem § 1975 obliegende Hinterlassungspflicht nicht von selbst aufgehoben, vielmehr ist nur die Voraussetzung gegeben für eine Anordnung des Erblassers, durch welche der letztere in wirksamer Weise das Recht des Pflichttheilsberechtigten auf Hinterlassung des Pflichttheiles verneint und sich gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten die volle und unbeschränkte Testirfreiheit verschafft (Satz 1). Der Erblasser kann von der ihm durch das Gesetz gewährten Machtbefugniß, eine solche Anordnung zu treffen, und von der für ihn alsdann eintretenden Testirfreiheit nach Belieben in verschiedenem Umfange Gebrauch machen. Die Anordnungen des Erblassers haben nicht einen verschiedenen Karakter je nach dem Umfange, in welchem ein solcher Gebrauch von der Testirfreiheit gemacht wird. Deshalb werden alle betreffenden Anordnungen des Erblassers unter den gemeinsamen Begriff der Pflichttheilsentziehung gestellt, mag der Erblasser den Pflichttheilsanspruch des Berechtigten ganz oder theilweise verneinen, oder von seiner Machtbefugniß nur den Gebrauch machen, daß er dem Pflichttheilsberechtigten die Erbschaft oder einen Erbtheil mit Beschwerungen oder nur ein Vermächtniß hinterläßt. Unter die Pflichttheilsentziehung gehört demgemäß auch die Vorschrift des § 2002, nach welcher dem Erblasser nur gestattet ist, sich in engeren Grenzen von dem Hinterlassungszwange frei zu machen.

Bestehen des Grundes zur Zeit der Anordnung.

Im gemeinen Rechte ist die Ansicht vertreten, es dürfe auch aus einem in der Zeit von der bedingten Enterbung bis zum Tode des Erblassers erst eintretenden Grunde enterbt werden[1]). Hiergegen richtet sich die Vorschrift, daß die Entziehung nur zulässig ist, wenn der sie rechtfertigende Grund schon zur Zeit der Anordnung bestand (Satz 2). Der Wichtigkeit des Geschäftes entspricht es, daß der Erblasser nur bei dem Eintritte des Entziehungsgrundes die Entziehung anordnen kann, nicht aber befugt ist, auf die Möglichkeit hin, daß ein solcher Grund eintreten möchte, den Pflichttheil zu entziehen, und daß er auf die eigene Prüfung, ob der Grund eingetreten sei, nicht verzichten darf.

Bedingungen anderer Art.

Daß Bedingungen anderer Art auch in Ansehung dieser Anordnung zulässig sind, versteht sich von selbst, erhellt aber auch zur Genüge aus dem § 1760. Deshalb ist von einer besonderen Vorschrift abgesehen, obschon in dieser Hinsicht im gemeinen Rechte Streit obwaltet[2]).

§ 2001.

2. Gründe gegenüber einem Abkömmlinge.

Die Gründe, aus welchen der Erblasser einem Abkömmlinge den Pflichttheil entziehen kann, werden unter sieben Nummern aufgezählt.

---

[1]) Windscheid § 589 Anm. 9; Roth § 346 Anm. 50 Unger § 83 Anm. 15.

[2]) Windscheid § 589 Anm. 3, 4; Roth § 346 Anm. 48, 49; Kreittmayr Anm. 7a zum bayr. L. R III, 3 § 16 Nr. 2; Unger § 83 Anm. 14.

Lebensnachstellungen.

Zu Nr. 1. In Ansehung der Nachstellungen nach dem Leben des Erblassers (vergl. § 449) stimmt der Entwurf mit dem geltenden Rechte im Wesentlichen überein[1]). Schon das preuß. A. L. R. dehnt aus auf Lebensnachstellungen gegen die leiblichen Eltern oder Stiefeltern des Erblassers, das sächs. G. B. auf Nachstellungen gegen den Ehegatten, die Abkömmlinge, Eltern, Voreltern und Geschwister des Erblassers, das österr. G. B. auf des Erblassers Kinder, Eltern oder Gatten, die thüring. Erbgesetze zumeist auf die zu des Erblassers nächster Familie gehörenden Personen, Mommsen auf des Erblassers Ehegatten und Abkömmlinge.

Der Entwurf folgt in Ansehung der Personen Mommsen; er trifft zugleich das gegen eine von dem Erblasser an Kindesstatt angenommene Person sich richtende Attentat. Das Letztere erscheint angemessen, weil es auf das Verhältniß der Person, gegen welche die Lebensnachstellung sich richtet, zum Erblasser ankommt. Entsprechend den §§ 449, 1442 ist nur von Lebensnachstellungen die Rede. Verlangt wird die Urheberschaft der bezeichneten Handlungen. Aus den Vorschriften des Str. G. B. ergiebt sich, daß, wenn eine Mitwirkung mehrerer Personen stattgefunden hat, eine jede Art der Theilnahme genügt, mag der Abkömmling als Mitthäter, Anstifter oder Gehülfe gehandelt haben. Diese Bemerkung gilt auch für die unter den folgenden Nummern aufgeführten Handlungen. Nicht erwähnt ist der Fall, daß der Abkömmling Nachstellungen Anderer absichtlich nicht gehindert hat; ein solches Nichtverhindern verdient nur insoweit Berücksichtigung, als es selbst als Lebensnachstellung aufgefaßt werden kann.

Vorsätzliche körperliche Mißhandlung.

Zu Nr. 2. Vorsätzliche körperliche Mißhandlung erkennen als Enterbungsgrund an das gemeine Recht[2]), das preuß. A. L. R. II, 2 § 402, das sächs. G. B. § 2576[3]), u. A.; aber viele Rechte beschränken den Grund auf ein derartiges Vergehen gegen den Erblasser.

Wegen des § 223 des Str. G. B. wird hier, wie im § 449, von „vorsätzlicher körperlicher Mißhandlung" gesprochen. Nicht jede körperliche Gewaltthätigkeit soll genügen. Daß der Fall der Nothwehr ausgeschlossen ist, ergiebt sich aus der Redewendung „sich schuldig machen", und aus dem § 186 (vergl. preuß. A. L. R. II, 2 § 402). Mit dem ostfries. L. R. II, 44 Nr. 1 („es wäre denn, daß die Kinder, den Schlag abzuwenden, wie ihnen zu thun erlaubt ist, die Eltern durch solche Abwendung verletzten") über die Nothwehr hinaus für den Fall „gerechter Abwehr" eine Ausnahme zuzulassen, ist wegen der Unbestimmtheit eines solchen Ausdruckes nicht rathsam.

Ausdehnung auf den Ehegatten.

Der Grund ist auf vorsätzliche körperliche Mißhandlung des Ehegatten des Erblassers ausgedehnt. In dem letzteren Falle erscheint das Verhalten

---

1) Windscheid § 590 A 1; Roth § 346 Anm. 11; preuß. A. L. R. II, 2 § 400; sächs. G. B. § 2575; thüring. Erbgesetze; für württemb. Recht Stein § 84 Nr. 4; österr. G. B. § 540; Mommsen § 490 Nr. 1, u. A.

2) Windscheid § 590 A 2; Roth § 341 Anm. 7.

3) Thüring. Erbgesetze; Stein § 84; Mommsen § 491 Nr. 1; hess. Entw. Art. 116 Nr. 2.

des Abkömmlinges gleichfalls in so hohem Maße verwerflich, daß dem Erblasser das Recht eingeräumt werden muß, deshalb den Pflichttheil zu entziehen. Jedoch ist andererseits die Beschränkung eingefügt, daß nur die Verletzung des Ehegatten, welcher ein leiblicher Elterntheil oder Vorelterntheil des Abkömmlinges ist, die Entziehung rechtfertigt. In anderen Fällen, insbesondere dann, wenn der Abkömmling einen Stiefelterntheil oder einen Stiefvorelterntheil gemißhandelt hat, wird nicht immer eine hinreichend schwere Verschuldung vorliegen, um die Entziehung zu rechtfertigen.

Schwere Beleidigung.

Das gemeine Recht giebt dem Erblasser eine gleiche Entziehungsbefugniß im Falle schwerer Beleidigung des Erblassers[1]), und ihm haben sich eine größere Zahl der geltenden Rechte angeschlossen, so noch das preuß. A. L. R. II, 2 § 403 („Ehre mit groben Schmähungen angetastet"). Mit dem sächs. G. B., den thüring. Erbgesetzen und Mommsen ist dieser Grund nicht aufgenommen. Für Beleidigungen wäre eine solche Folge, hingesehen auf alle Bevölkerungskreise, eine zu harte.

Beschuldigung eines Verbrechens rc. Geltendes Recht.

Zu Nr. 3. In Ansehung des Grundes, welchen der Entwurf unter Nr. 3 enthält, steht ein Theil des geltenden Rechtes noch auf dem Boden des alten Strafverfahrens. Der code civil Art. 227 („accusation capitale, jugée calomnieuse") berücksichtigt den Thatbestand als Unwürdigkeitsgrund; von dem österr. G.B. §§ 540, 770 wird daraus zugleich ein Enterbungs- und Unwürdigkeitsgrund gemacht. Das gemeine Recht sieht in der Anklage, ohne eine wissentlich falsche Anklage zu erfordern, und in der falschen Denunziation, durch welche dem Erblasser ein bedeutender Nachtheil erwachsen ist, einen Enterbungsgrund[2]). Ihm haben sich viele Rechte geringeren Geltungsgebietes angeschlossen[3]). Nach dem preuß. A. L. R. II, 2 § 401 ist zur Enterbung des Abkömmlinges erforderlich fälschliche Anschuldigung eines der leiblichen Eltern bei Gericht wider besseres Wissen wegen eines Verbrechens, worauf eine härtere als Geldstrafe oder bürgerliche Gefängnißstrafe verordnet ist. Das sächs. G. B. § 2575 gestattet die Enterbung des Abkömmlinges, welcher wider den Erblasser oder seinen Ehegatten wegen eines mit Arbeitshaus oder höherer Strafe bedrohten Verbrechens absichtlich wider die Wahrheit ein Strafverfahren eingeleitet hat[4]).

Entwurf.

Der Entwurf beschränkt den Grund im Anschlusse an die neueren Rechte, bezieht insbesondere die falsche Anschuldigung gegen andere Abkömmlinge des Erblassers als zu weit führend nicht ein, wählt die Fassung „durch Anzeige bei einer Behörde", um alle in Betracht kommenden Fälle zu treffen, dehnt aber andererseits auf alle Vergehen aus, ohne Rücksicht auf die besondere Schwere des den Gegenstand der Anschuldigung bildenden Vergehens. In der letzteren Hinsicht zu unterscheiden, würde zu einer bedenklichen Kasuistik führen. Wegen der Fassung „Anzeige bei einer Behörde" vergl. § 164 Str. G. B.

---

[1]) Windscheid § 590 A 3.

[2]) Windscheid § 590 A 4, 5; Roth § 346 Anm. 9, 13.

[3]) Bayr. L. R.; württemb. Recht nach Stein § 84 Nr. 2.

[4]) Etwas abweichend, unter sich nicht gleichmäßig, bestimmen die thüring. Erbgesetze. Mommsen § 490 Abs. 2 folgt dem sächs. G. B. mit Beschränkung auf Anschuldigung wegen eines mit Zuchthaus oder einer härteren Strafe bedrohten Verbrechens.

Verleitung.

Die Verleitung zu einer falschen Anschuldigung zu erwähnen, wäre nicht rathsam. Es wird eine auf Herbeiführung von Straffolgen mittels falscher Anschuldigung gerichtete, wider besseres Wissen vorgenommene Handlung verlangt. Eine solche Handlung kann unter Umständen auch in der Anstiftung eines Anderen liegen.

Meineid.

Zu Nr. 4. Der wissentliche Meineid zum Nachtheile des Erblassers ist ebenfalls den meisten geltenden Rechten als Enterbungsgrund bekannt[1]). Wegen der Fassung ist zu beachten der § 157 Str. G. B., dessen Eingang den Meineid durch Hinweisung auf die §§ 154, 155 Str. G. B. definirt. Der Ausdruck „in einer Strafsache" findet sich im § 154 Abs. 2 des Str. G. B. Zur Verdeutlichung dient der Zusatz, daß die falsche Aussage auch in einer Disziplinarsache abgegeben werden kann.

Das Wort „vorsätzlich" bezieht sich auf „zum Nachtheile"; dies ergiebt sich aus der Einschließung in Kommata.

Die wissentlich falsche eidliche Aussage anders zu behandeln als die wissentlich falsche Anzeige, fehlt es an hinreichenden Gründen. Erfordert wird, daß die Aussage beeidet ist, also als Meineid erscheint. Liegt eine solche Aussage vor, so ist anzunehmen, daß sie nur zum Mittel dient, Straffolgen herbeizuführen. Wird die falsche Aussage in einem Zivilverfahren abgegeben, so erhält die Handlungsweise in der Richtung auf den Erblasser einen anderen Karakter. An eine solche Aussage können sich nur zivilrechtliche Folgen knüpfen; deshalb kann die Handlung nicht als Grund für die Pflichttheilsentziehung aufgestellt werden.

Einbezogen ist die wissentlich falsche beeidete Aussage zum Nachtheile des Ehegatten des Erblassers; von einer Ausdehnung auf die Aussage zum Nachtheile der Abkömmlinge des Erblassers ist, wie zu Nr. 3, abgesehen.

Eine Handlung, wie sie der Grund der Nr. 4 erfordert, wird unter Umständen nicht nur im Falle der Anstiftung, sondern auch im Falle der Verleitung eines Anderen zum Meineide (§ 160 Str. G. B.) anzunehmen sein.

Ehebruch mit dem Ehegatten des Erblassers.

Zu Nr. 5. Das gemeine Recht kennt als Enterbungsgrund nur Unzucht mit der Ehefrau oder Konkubine des Erblassers[2]). Die neueren Rechte dehnen aus auf Unzucht mit dem Ehemanne, einige erwähnen ausschließlich Ehebruch mit dem Stiefvater oder der Stiefmutter (vergl. preuß. A. L. R. II, 2 § 405; bayr. L. R. III, 3 § 17 Nr. 6, u. A.)[3]). Das sächs. G. B. und mit ihm einige thüring. Gesetze haben diesen Grund unterdrückt.

Der Entwurf schließt sich dem überwiegend geltenden Rechte an. Der Umstand, daß der Abkömmling wegen des regelmäßigen Altersunterschiedes zumeist als der von dem Ehegatten des Erblassers Verführte anzusehen sein möchte, rechtfertigt nicht die Unterdrückung des Grundes. Für den Fall, daß der Abkömmling in der That von dem Ehegatten verführt wurde, eine Aus-

[1]) Vergl. Anm. 2 S. 432.

[2]) Windscheid § 590 A 6; Roth § 346 Anm. 12.

[3]) Württemb. L. R. III, 17 § 11; Altenburg § 101 Nr. 3; Gotha § 76 Nr. 2.

nahme zu machen (Mommsen § 490), besteht kein Bedürfniß. Für eine nach den Umständen des Falles etwa berechtigte Entschuldigung läßt der Ausdruck „schuldig gemacht hat" genügend Raum.

Böswillige Nichtgewährung des Unterhaltes.

Zu Nr. 6. Das gemeine Recht und mehrere diesem sich anschließende Rechte lassen, über den Entwurf hinausgehend, als Enterbungsgründe zu: Vernachlässigung in oder während einer Geisteskrankheit, Verweigerung des Loskaufes aus der Gefangenschaft, Verweigerung der Bürgschaft für den im Gefängnisse befindlichen Aszendenten[1]). Das preuß. A. L. R. II, 2 § 408 stellt als Grund auf, daß das Kind den Erblasser, als derselbe nothleidend gewesen, nicht hat unterstützen wollen, — das österr. G. B., daß der Erblasser im Nothstande hülflos gelassen sei, — das sächs. G. B. § 2575 Nr. 3 (vergl. hess. Entw. Art. 116 Nr. 1), in Uebereinstimmung mit den meisten thüring. Gesetzen, daß der Erblasser in hülfsbedürftiger Lage verlassen oder ihm in einer solchen Lage die verlangte und in den Kräften des Pflichttheilsberechtigten stehende Unterstützung versagt sei.

„Versagung von Hülfe in Nothfällen" ist ein zu wenig bestimmter Thatbestand, um an denselben so schwere Folgen zu knüpfen. Die Fassung des sächs. G. B. kann bei der Vielgestaltigkeit der zu treffenden Fälle unter Umständen große Härten für den Pflichttheilsberechtigten mit sich bringen. Deshalb ist nur die Verletzung der gesetzlichen Unterhaltspflicht, und zwar, wenn sie böswillig (§ 368 Abs. 2) erfolgt, als Erforderniß aufgestellt, und auch nur, wenn eine Verletzung dieser Pflicht gegenüber dem Erblasser vorliegt. Durch das Erforderniß der Böswilligkeit wird erkennbar, daß der Abkömmling im Stande sein muß, den Unterhalt zu gewähren, und daß er sich vorsätzlich der Pflichterfüllung, in Kenntniß davon, daß die sonstigen Voraussetzungen seiner Pflicht vorliegen, entzogen hat. Im Falle einer von dem Abkömmlinge zu vertretenden Fahrlässigkeit die gleiche Strenge walten zu lassen, würde bedenklich sein. Mitgetroffen ist die Pflege in Krankheitsfällen, weil diese Pflege zum Lebensbedarfe gehört.

Eheschließung ohne die erforderliche Einwilligung.

Zu Nr. 7. Die Eheschließung ohne die erforderliche Einwilligung des Erblassers ist dem gemeinen Rechte als Enterbungsgrund bekannt[2]), jedoch nur in Ansehung der Tochter, Enkelin u. s. w., aber beschränkt durch die Ausnahme, wenn der Aszendent bis zu deren 25. Lebensjahre für die Verheirathung nicht Fürsorge getroffen hat. In etwas modifizirter Weise findet sich der Grund im bayr. L. R. III, 3 § 17 Nr. 11, voll im vorderösterr. Rechte[3]). Das preuß. A. L. R. II, 2 § 412 giebt den Eltern gegenüber dem Kinde, welches ohne die von ihnen ertheilte oder von dem Richter ergänzte Einwilligung heirathet, die Befugniß, das Kind bis auf die Hälfte zu enterben[4]). Im Einzelnen abweichende Vorschriften finden sich in Rechten beschränkten Geltungsgebietes[5]). Das sächs.

[1]) Windscheid § 590 A 8, 9, 10; Roth § 346 Anm. 14, 18, 19.

[2]) Windscheid § 590 A 13.

[3]) Roth § 346 Anm. 22, 24.

[4]) Darüber, daß dieser Enterbungsgrund durch § 39 des R. Ges. vom 6. Februar 1875 nicht beseitigt ist, vergl. Entsch. d. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 947, 948.

[5]) Vergl. für frankf. Recht Bender S. 502; für hamb. Recht Baumeister S. 273; für Schleswig Esmarch S. 216 Nr. 13.

G. B. § 2576 hat den Grund ausgedehnt auf alle Deszendenten, falls ein ausreichender Grund zur Verweigerung der Einwilligung vorhanden war. Mommsen (dessen Mot. S. 471) hat den Grund nicht aufgenommen.

Bei dieser Vorschrift kommen legislativ-politische Gründe besonderer Art in Betracht. Den Grund, in Abweichung von dem geltenden Rechte, ganz zu beseitigen, würde um so bedenklicher sein, als nach dem § 1259 das den Eltern in großen Rechtsgebieten zustehende Recht, die ohne ihre Einwilligung geschlossene Ehe anzufechten, versagt ist. Würde ihnen auch das Recht, dem ohne die erforderliche Einwilligung heirathenden Kinde den Pflichttheil zu entziehen, nicht gewährt, so würde die Bedeutung dieses Hindernisses zu sehr abgeschwächt. Dasselbe würde um so mehr an Gewicht verlieren, als die Thatsachen, welche die Einwilligung erforderlich machen, sehr leicht verheimlicht und bei der Eheschließung unbeachtet bleiben können. Der Grund dient vorzugsweise zur Stärkung der elterlichen Autorität und des Familienbandes, ohne mit dem Interesse, die Ehe aufrecht zu erhalten, in Konflikt zu gerathen. Ein Kind, welches eine Ehe ohne die erforderliche Einwilligung der Eltern schließt, macht sich regelmäßig einer schweren Verfehlung gegen die Eltern schuldig, einer Verfehlung, welche zugleich eine tiefeingreifende, zerstörende Wirkung auf das Familienband äußert. Unter besonderen Umständen kann freilich die Nichteinholung der Einwilligung den Karakter einer geringeren Verfehlung haben, z. B. wenn das Kind es vorzog, statt die elterliche Einwilligung im Wege des Prozesses zu erzwingen, mit Umgehung der Eltern die Ehe zu schließen, weil dieser Weg, um zum Ziele zu gelangen, in seinen Augen mit Rücksicht auf die Eltern und die Familie als der weniger verwerfliche erschien. Allein dies sind Ausnahmen, welche im Gesetze sich nicht ausscheiden lassen. Liegt der Fall so, dann werden die Eltern von der ihnen gewährten Befugniß von selbst keinen Gebrauch machen. Darauf, daß die Eltern im ersten Unwillen sich hinreißen lassen könnten, dem Kinde den Pflichttheil zu entziehen, und später, nachdem sie sich mit der Eheschließung ausgesöhnt haben, vergessen, die Pflichttheilsentziehung zurückzunehmen, kann kein Gewicht gelegt werden (vergl. § 2004).

Der Umstand, daß das Kind nach zurückgelegtem fünfundzwanzigsten Lebensjahre einer Einwilligung nicht mehr bedarf (§ 1238 Abs. 1), kann nicht gegen den Entziehungsgrund geltend gemacht werden. Die Beschränkung des Kindes bis zum zurückgelegten fünfundzwanzigsten Lebensjahre beruht darauf, daß bis zu dieser Altersgrenze die Entscheidung, ob die Eheschließung dem Familieninteresse zuwiderläuft, den Eltern, nach dem bezeichneten Zeitpunkte aber dem Kinde selbst zustehen soll. Die Ausdehnung der Entziehungsbefugniß auf den Fall der Eheschließung nach Vollendung dieses Lebensalters würde zu praktischen Schwierigkeiten und Unzuträglichkeiten führen. Nicht selten würde die Frage, ob der Widerspruch der Eltern begründet war, erst lange Zeit nach dem Tode der Eltern zur richterlichen Entscheidung kommen, da die Eheschließung selbst nicht gehindert war. Weiter würden besondere Vorschriften gegeben werden müssen, unter welchen Voraussetzungen und vor welchem Gerichte sowie in welchem Verfahren eine Entscheidung darüber erfolgen könne, ob der Widerspruch der Eltern begründet sei, um es

dem Kinde zu ermöglichen, feststellen zu lassen, daß der Widerspruch nicht begründet sei.

Mit dem sächs. G. B. die Entziehung davon abhängig zu machen, daß ein die Verweigerung der Einwilligung rechtfertigender Grund nicht vorgelegen hat, ist schon deshalb nicht rathsam, weil nach dem § 1238 Abs. 3 die Beweislast nicht das Kind, sondern diejenigen treffen würde, welche sich auf den Entziehungsgrund berufen.

Ablehnung weiterer Entziehungsgründe.

Weitere Gründe, welche den Erblasser berechtigen, einem Abkömmlinge den Pflichttheil zu entziehen, sind nicht aufgenommen. Im geltenden Rechte finden sich noch insbesondere folgende:

Vermögensbeschädigung.

I. Vermögensbeschädigung der Eltern, preuß. A. L. R. II, 2 §§ 406, 407, österr. G. B. §§ 540, 770. Mommsen (dessen Mot. S. 471) ist darin beizupflichten, daß ein solches Verhalten des Abkömmlinges mit dem verwandtschaftlichen Verhältnisse nur in einem entfernteren Zusammenhange steht. Auf ein Eigenthumsverbrechen, wenn ein solches vorliegt, die Strafe der Pflichttheilsentziehung zu setzen, würde der inneren Rechtfertigung entbehren.

Verhinderung an Errichtung einer letztw. Verfügung.

II. Verhinderung des Erblassers an der Errichtung einer letztwilligen Verfügung[1]). Mit den neueren Gesetzgebungen übergeht der Entwurf diesen Grund (vergl. jedoch § 2045 Nr. 2). In einem solchen Falle fehlt es an einer Verfehlung gegen den Erblasser als Eltern- oder Vorelterntheil.

Verurtheilung wegen Verbrechen.

III. Verurtheilung wegen Verbrechen, österr. G. B. § 768 Nr. 3, § 769, thüring. Erbgesetze (zehn- oder dreijährige Zuchthausstrafe, oder Verurtheilung wegen gewisser politischer Verbrechen), preuß. A. L. R. II, 2 § 399. Mit Recht hat schon das sächs. G. B. (Mommsen's Mot. S. 470) diesen Grund aufgegeben. Nachdem die Konfiskation des Vermögens als öffentliche Strafe weggefallen ist, entbehrt dieser Grund der Berechtigung. Wenn aufgestellt ist, es sei den Eltern oder Voreltern nicht zuzumuthen, einem im Zuchthause sitzenden Abkömmlinge etwas zu hinterlassen, so ist dagegen zu erinnern, daß es nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechtes ist, Strafen für Verbrechen festzusetzen, und daß es nicht angemessen wäre, dem Bestraften die Rückkehr zur eigenen Familie zu verschließen.

Schlechter Lebenswandel.

IV. Schlechter Lebenswandel des Abkömmlinges. Das gemeine Recht unterscheidet mehrere hierher zu zählenden Gründe, welche zum Theil in die sich anschließenden Rechte übergegangen sind[2]).

Das preuß. A. L. R. II, 2 § 409 faßt die einzelnen Gründe zusammen in „bei erhaltener ehrbarer Erziehung durch grobe Laster, schändliche Aufführung oder durch die Wahl einer niederträchtigen Lebensart sich bei seinen Standesgenossen öffentlich entehrt hat". Aehnlich das österr. G. B. § 768 Nr. 4 und Mommsen § 491 Nr. 2. Das sächs. G. B. hat diesen Grund auf-

[1]) Vergl. Windscheid § 590 A 5; Roth § 346 Anm. 15; bayr. L. R. III, 3 § 17 Nr. 10; württemb. L. R. III, 17 § 14; thüring. Erbgesetze; u. A.

[2]) Vergl. Windscheid § 590 A 11—13; Roth § 346 Anm. 10, 16, 17; württemb. L. R. III, 17 §§ 9, 15, 16, vergl. Stein § 84 Nr. 3; bayr. L. R. III, 3 § 17 Nr. 5, 7; u. A.

gegeben (vergl. Siebenhaar zum § 2575), entgegen dem Entw. zu diesem Gesetzbuche.

Der Entwurf folgt dem sächs. G. B., in der Erwägung, daß die Pflichttheilsentziehung den Erfolg einer Besserung kaum jemals haben wird, insbesondere kein Mittel ist, den Abkömmling von dem zumeist seitens der Eltern nicht völlig unverschuldeten Lebenswandel auf einen besseren Weg zurückzuführen. Auch dieser Grund würde mehr die Natur einer dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes fernliegenden Strafe haben.

Apostasie, Ketzerei.

V. Abfall vom rechten Glauben. Apostasie und Ketzerei sind nach dem bayr. L. R. III, 3 § 17 Nr. 12, dem württemb. L. R. III, 17 § 18 und anderen älteren Rechten Enterbungsgründe. Für das gemeine Recht gilt nach der herrschenden Ansicht der Grund nicht mehr[1]). Dem österr. G. B. § 768 Nr. 1, § 769 galt Abfall vom Christenthume als Enterbungsgrund; allein der Grund ist aufgehoben durch Ges. v. 25. Mai 1868 Art. 7.

Es ist nicht Aufgabe des Entwurfes, die zumeist beseitigten Reste religiöser Intoleranz zu neuem Leben zu erwecken (vergl. Mommsen's Mot. S. 470).

§ 2002.

Enterbung aus guter Absicht.

Das Institut der sog. exheredatio bona mente ist dem bayr. L. R. III, 3 § 16 Nr. 3 unbekannt; es ist nicht aufgenommen von dem hess. Entw. und Mommsen. Das gemeine Recht erkennt es nach der Ansicht der meisten neueren Schriftsteller an[2]); nach der herrschenden Auffassung wird nur erfordert, daß die Enterbung in wohlmeinender Absicht und im Interesse des Berechtigten geschehen ist[3]). Dem gemeinen Rechte ist noch neuerdings das lüb. Ges. von 1862 Art. 24 gefolgt. Aber auch die Ansicht ist vertreten, daß gewisse Gründe (Blödsinn, Verschwendung, Unmündigkeit des Pflichttheilsberechtigten) ausschließlich den Erblasser zu einer solchen Verfügung berechtigen[4]). Diese Ansicht ist die in den neueren Rechten überwiegend vertretene (vergl. preuß. A. L. R. II, 2 §§ 419—431; sächs. G. B. § 2577; österr. G. B. § 773; u. A.)[5]). Selbst der code civil hat in Art. 1048 dem legislatorischen Gedanken in seinen Vorschriften über die Substitution Rechnung getragen[6]).

Die Gründe, welche gegen das Institut geltend gemacht werden, erscheinen nicht durchschlagend. Eingewendet wird die Möglichkeit ärgerlicher Prozesse und der die Eltern treffende Vorwurf vernachlässigter Erziehung (Brauer, Erläuter. Bd. 2 S. 480; Gruchot, Erbrecht III S. 182) und von

---

1) Windscheid § 590 Anm. 2; Roth § 346 Anm. 6.

2) Windscheid § 583 Anm. 9; Roth § 344 Anm. 8, 9; — dagegen Mommsen's Mot. S. 466 ff.

3) Windscheid § 583 Nr. 2.

4) Roth § 345 Anm. 8—10.

5) Vergl. Dernburg § 203; Eccius § 248 S. 365—368; Unger § 84.

6) Vergl. Zachariae § 696 Anm. 1.

anderer Seite, es fehle an einem praktischen Bedürfnisse, wie daraus erhelle, daß davon nur selten Gebrauch gemacht werde, überdies sei der Verschwender durch Bevormundung geschützt. Allein die Möglichkeit ärgerlicher Prozesse kann kaum ein Hinderniß sein, ein im größten Theile des Reiches bestehendes Institut beizubehalten. Der Vorwurf vernachlässigter Erziehung wird nur selten zutreffen; für Karakterfehler kann die Erziehung nicht wohl verantwortlich gemacht werden. Wäre dies aber auch der Fall, so wäre deshalb nicht gerechtfertigt, das Hülfsmittel angemessener Fürsorge für das Interesse der Abkömmlinge aufzugeben. Viel eher könnte daraus geschlossen werden, die Pflichttheilsentziehung sei niemals zu gestatten. Daß es an einem praktischen Bedürfnisse fehle, kann schon deshalb nicht anerkannt werden, weil noch das sächs. G. B. entsprechende Vorschriften für geboten erachtet. In allen Theilen Deutschlands sind auch, soweit das Institut gilt, Fälle vorgekommen, in welchen Erblasser von der ihnen durch das Gesetz gewährten Befugniß Gebrauch gemacht haben. An verschwenderischen Personen fehlt es nicht, aber nicht jeder Verschwender wird unter Vormundschaft gestellt; nur zu häufig tritt eine Stellung unter Vormundschaft erst ein, wenn nichts mehr, auch der Nachlaß der Eltern nicht, zu verschwenden ist.

Der Entwurf hat sich daher für die Beibehaltung des Institutes entschieden, dasselbe aber in der Weise in sein System eingereiht, daß die nach dem § 2002 zu beurtheilende Anordnung des Erblassers als eine unter den Begriff der Entziehung des Pflichttheiles (§ 2000) fallende Beschränkung des Pflichttheiles behandelt ist. Die Privatautonomie des Erblassers wird also aus einem besonderen Grunde in gleicher Weise erweitert, wie durch die Vorschriften über die regelmäßige Pflichttheilsentziehung. Dem Zwecke und dem Wesen nach sind jedoch diese Arten der Pflichttheilsentziehung gänzlich von einander verschieden. Im Falle des § 2002 will der Erblasser materiell dem Pflichttheilsberechtigten von dem, was ihm gebührt, nichts nehmen, ihn vielmehr voll befriedigen, ihm aber das Hinterlassene in einer Weise zukommen lassen, mit welcher der Berechtigte sich einverstanden erklären müßte, wenn er sein eigenes Interesse wohl verstände. Vorausgesetzt wird jedoch dabei ein Verständniß des eigenen Interesses von einem höheren ethischen Standpunkte aus, nämlich dem Standpunkte der Fürsorge für die Erhaltung des Vermögensstandes der Familie. Damit wird ein Zwang gegen den Pflichttheilsberechtigten nur geübt oder doch die Anordnung nur als Zwang empfunden werden, wenn der Pflichttheilsberechtigte eine nicht richtige Auffassung von seinem eigenen Interesse hat. Die dem Pflichttheilsberechtigten auferlegte Beschränkung ist deshalb in Wirklichkeit keine Beschränkung, wenngleich die Anordnung zum Zwecke der Erhaltung des Vermögensstandes der Familie dem Pflichttheilsberechtigten lediglich die Nutzungen seines Vermögens beläßt. Der innere Grund für die Vorschriften liegt darin, daß der Erblasser durch die angeordnete Beschränkung den Pflichttheilsberechtigten nicht verletzt, nicht aber darin, daß er den Berechtigten zur Vergeltung eines von diesem erlittenen Unrechtes verletzen darf. Nicht zu verkennen ist, daß eine derartige Zwangsfürsorge des Erblassers für den Pflichttheilsberechtigten etwas Anomales hat. Ein entscheidender Grund gegen das Institut liegt darin nicht; die Anomalie würde

es durchaus nicht rechtfertigen, das zum Vortheile des Familienwohlstandes wirkende Institut zu beseitigen.

Form der Entziehung.

Durch die Einreihung dieser Art der Pflichttheilsbeschränkung in die Pflichttheilsentziehung ergiebt sich, daß die Vorschriften über die Pflichttheilsentziehung anwendbar sind, insbesondere diejenigen, welche die Form der Entziehung betreffen. Dagegen ist die Beschränkung, weil sie sachlich dem Pflichttheilsberechtigten zum Vortheile gereicht, nicht eine völlige Pflichttheilsentziehung. Insoweit bleibt mithin der § 1972 unanwendbar, und den Abkömmlingen des Betreffenden fehlt das Pflichttheilsrecht (vergl. §§ 1964, 1983).

Voraussetzung der Verschwendung.

Die erste der aufgestellten Voraussetzungen (Rechtfertigung der Besorgniß, daß er sich oder seine Familie durch verschwenderische Lebensweise oder verschwenderische Geschäftsführung dem Nothstande preisgiebt) stimmt überein mit den thatsächlichen Voraussetzungen für die Erklärung als Verschwender (§ 29; vergl. § 1372 Nr. 4, § 1405 Abs. 1 Nr. 4)[1]). Wie bereits hervorgehoben, wird dem praktischen Bedürfnisse nicht dadurch genügt, daß dem Erblasser freisteht, bei seinen Lebzeiten die Erklärung des Berechtigten als Verschwender zu beantragen. Noch weniger kann verlangt werden, daß der letztere bereits für einen Verschwender erklärt sei. Würde dem Erblasser nur gestattet, die Wirkungen der Erklärung als Verschwender zu steigern, so würde die praktische Anwendbarkeit dieser Vorschriften zu sehr beeinträchtigt.

Ueberschuldung.

Als eine andere alternativ in Betracht kommende Voraussetzung wird eine näher bestimmte Ueberschuldung erfordert[2]). Es wäre willkürlich und auch zu hart, wenn dem Abkömmlinge eine mögliche, und vielleicht sogar noch einen Ueberschuß lassende vollständige Schuldenbereinigung dadurch abgeschnitten würde, daß lediglich Ueberschuldung erfordert würde.

Dem Erblasser kann die Befugniß, den Pflichttheilsberechtigten zu beschränken, nicht deshalb gewährt werden, weil er einen künftigen Vermögensverfall oder eine künftige verschwenderische Lebensweise des Abkömmlinges befürchtet (vergl S. 430). Einer besonderen Vorschrift bedarf es in dieser Beziehung nicht.

Inhalt der Befugniß.

Abweichend von einigen geltenden Rechten, bestimmt der Entwurf den Inhalt der Befugniß des Erblassers dahin, derselbe könne, sofern er dem Abkömmlinge mindestens die Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles hinterläßt, in Ansehung des hinterlassenen Erbtheiles für die Zeit nach des Abkömmlinges Tode die gesetzlichen Erben des Abkömmlinges als Nacherben einsetzen und zugleich anordnen, daß der Abkömmling den Nacherben Sicherheit zu leisten habe. Dem Erblasser wird also nicht gestattet, dem Abkömmlinge auch dann, wenn derselbe nicht auf den Pflichttheilsbruchtheil als Erbe eingesetzt ist, nur den Nießbrauch am Pflichttheile zu gewähren oder anderweite Beschränkungen des Berechtigten zu bestimmen.

---

[1]) Preuß. A. L. R. II, 2 § 420; sächs. G. B. § 2577; österr. G. B. § 773; lüb. Ges. v. 1862; hamb. Recht, nach Baumeister § 112.

[2]) Preuß. A. L. R. II, 2 § 419; sächs. G. B. § 2577; österr. G. B. § 773; thüring. Erbgesetze; hamb. Recht; u. A.

Die dem Erblasser gewährte Erweiterung der Privatautonomie genügt. Das Gesetz gewinnt an Einfachheit, wenn dem Erblasser nur ein bestimmter Weg gewiesen wird, auf welchem die Zwecke am besten erreicht werden können, zu deren Erreichung das Institut aufgenommen ist. Dem Erblasser wird dadurch nicht zu nahe getreten, daß er diese Befugniß nur dann erlangt, wenn er den Pflichttheilsberechtigten zum Erben einsetzt. Handelt es sich doch nur um eine ausnahmsweise Erweiterung seiner Verfügungsbefugniß. Würde dem Erblasser die Wahl gelassen unter den verschiedenen möglichen Arten einer solchen Beschränkung des Pflichttheilsrechtes, bei welcher das Stammvermögen erhalten und dem Abkömmlinge nur die Nutzungen belassen werden, als Vermächtniß des Nießbrauches, auflösend bedingtes Eigenthum, Rentenrecht u. s. w., so würde über das Bedürfniß hinausgegangen. Insbesondere steht dem entgegen, daß es an einer festen und klaren Grenze der Verfügungsbefugniß des Erblassers fehlen würde. Soll der Karakter der Entziehung aus guter Absicht gewahrt bleiben, so muß der Abkömmling materiell seinen Erbtheil ganz und voll erhalten. Dies Ziel erreicht der Entwurf in der von ihm festgesetzten Art und Weise der Beschränkung. Dasjenige, was dem Abkömmlinge genommen wird, wird dessen gesetzlichen Erben zugewendet. Diese Sicherung der gesetzlichen Erben kann nicht als eine wirkliche Minderung des dem Abkömmlinge Gebührenden erscheinen, sobald der ethische Standpunkt festgehalten wird, daß es in gewissem Umfange Jedem obliegt, ererbtes Vermögen thunlichst seiner Familie zu erhalten.

Ob und inwieweit dabei der § 1810 Anwendung leidet, kann der Rechtsanwendung und der Theorie überlassen bleiben.

Sicherheitsleistung.

Die Anordnung der Sicherheitsleistung an den Nacherben wird gestattet, weil eine solche Maßregel unter Umständen zur Wahrung des Familieninteresses erforderlich sein wird. Soweit die Verfügung nicht ein Anderes ergiebt, wird die Sicherheitsleistung von Seiten eines zu bestellenden Pflegers verlangt werden können.

Sicherung des Erfolges gegenüber Dritten.

Um den Erfolg des Institutes auch gegenüber Dritten zu sichern, werden die Vorschriften des § 1298 und des § 1299 Abs. 1, 3 für entsprechend anwendbar erklärt (Abs. 2). Ohne eine solche Vorschrift würde die gute Absicht des Erblassers dem Pflichttheilsberechtigten zum offenbaren Nachtheile gereichen. Das Gesetz selbst muß daher die von einer besonderen Bestimmung des Erblassers unabhängige Folge anknüpfen, daß die für den Abkömmling als Vorerben begründeten Rechte und die Einkünfte aus diesen Rechten ein der Pfändung, Veräußerung und Belastung entzogenes Vermögen bilden, dessen Rechtsschicksal auch nach außen hin mit dinglicher Wirkung dahin bestimmt wird, daß dasselbe, soweit die persönlichen Bedürfnisse des Abkömmlinges und seiner Familie reichen, ausschließlich diesen Bedürfnissen zu dienen hat. Die Gläubiger des Abkömmlinges, welche zur Zeit des Erbfalles vorhanden sind, sowie die später hinzutretenden Gläubiger können in dieser Beschränkung des dem Pflichttheilsberechtigten zugewendeten Vermögens eine Kränkung ihrer Rechte nicht finden. Unter dem dem Abkömmlinge zu sichernden vorerbschaftlichen Vermögen sind die nießbrauchartigen Rechte an den einzelnen Gegenständen der Vorerbschaft zu verstehen sowie die Einkünfte aus diesen Gegenständen. Das Rechts-

verhältniß dieses dem Abkömmlinge zu sichernden Vermögens läßt sich in passender und einfacher Weise bestimmen durch Heranziehung der Vorschriften, welche in ähnlicher Weise in Ansehung der durch die eheliche Nutznießung begründeten Rechte und der auf Grund dieser Rechte erworbenen Früchte (§§ 1298, 1299 Abs. 1, 3) bestimmen. Die danach sich ergebenden Schwierigkeiten der juristischen Konstruktion sind nicht größer, als diejenigen, mit welchen dort zu rechnen ist. Deshalb kann insoweit auf die Begründung jener Vorschriften verwiesen werden (Motive zum Familienrechte S. 213 ff.). Nur eine Maßgabe ist insoweit hinzuzufügen, als eine Pfändung der Einkünfte in Betracht kommt. In dieser Hinsicht ist, in Anlehnung an den § 749 Abs. 1 Nr. 3 der C. P. O., nur der nothdürftige Unterhalt in Betracht zu ziehen, da auch diese Einkünfte nur auf Grund der Freigebigkeit und Fürsorge eines Dritten bezogen werden, wie in dem Falle, welchen die bezeichnete Vorschrift der C. P. O. voraussetzt.

Nothdürftiger Unterhalt.

Die angeordnete Beschränkung muß ihrem Zwecke nach wegfallen, wenn der Entziehungsgrund zwischen dem Zeitpunkte der Anordnung und dem Zeitpunkte des Erbfalles sich erledigt. Die Befugniß des Erblassers, eine solche Beschränkung anzuordnen, ist nur auf die zur Zeit des Erbfalles noch fortdauernde Gefahr gegründet. Dieser Gefahr soll der Erblasser vorbeugen dürfen. Gehört die Gefahr der Vergangenheit an, so kann von einer Verwirkung des Pflichttheilsrechtes des Abkömmlinges nicht mehr die Rede sein. Dementsprechend wird bestimmt, daß die Anordnung der Nacherbfolge unwirksam sei, wenn der die Anordnung rechtfertigende Grund zur Zeit des Erbfalles nicht mehr vorhanden ist (Abs. 3).

Wegfall des Grundes zur Zeit des Erbfalles.

Dem Erblasser gegenüber einem Abkömmlinge, welcher vor Erlangung der Fähigkeit, ein Testament zu errichten, ohne Hinterlassung von Abkömmlingen oder eines Ehegatten stirbt, die Befugniß einzuräumen, für diesen Fall die Herausgabe desjenigen, was von dem Pflichttheile noch übrig sein wird, an einen Nachberufenen anzuordnen, erscheint nicht erforderlich. Dies wäre in einem gewissen Sinne ein Ersatz der von dem Entwurfe abgelehnten Pupillarsubstitution (vergl. S. 132, 133 ff.). Allerdings ist nicht zu leugnen, daß auch in einem solchen Falle die gesetzliche Erbfolge in den Nachlaß des Abkömmlinges zu einer unabänderlichen wird, und daß im einzelnen Falle sich hieraus Uebelstände ergeben können. Allein gegen eine derartige Vorschrift spricht außer den Gründen, welche die Nichtaufnahme der Pupillarsubstitution rechtfertigen, schon der Umstand, daß es nicht der Willkür des Erblassers überlassen werden kann, das dem Abkömmlinge Hinterlassene den gesetzlichen Erben des Abkömmlinges zu entziehen und dadurch mittelbar wiederum den Pflichttheil des Abkömmlinges zu mindern, während er schon das gesetzliche Recht auf den Pflichttheil mindern darf.

Ablehnung eines Ersatzes der Pupillarsubstitution.

Von den geltenden Rechten gestattet freilich das gemeine Recht die Pflichttheilsentziehung wegen Unmündigkeit, Wahnsinnes oder Blödsinnes des Pflichttheilsberechtigten zu Gunsten der Kinder desselben[1]). Das preuß. A. L. R. II, 2 § 421 hat diesen Gedanken für den Fall des Wahnsinnes oder

[1]) Windscheid § 583 Anm. 7; Roth § 345 Anm. 8.

Blödsinnes aufgenommen. Neuerdings hat Mommsen in den §§ 487, 488 (vergl. dessen Mot. S. 464—466) die Wiederbelebung des Gedankens vorgeschlagen. Der Entwurf hat aus den angegebenen Gründen mit dem preuß. Entw. v. 1835 (dessen Mot. S. 312, 313) sich nicht angeschlossen.

Ausdehnung auf Aszendenten oder Geschwister.

Das Institut ist im Entwurfe auf die Abkömmlinge beschränkt. Im gemeinen Rechte wird zum Theil die Ausdehnung desselben auf Aszendenten und sogar auf Geschwister vertreten[1]). Geschwistern steht nach dem Entwurfe ein Pflichttheilsrecht nicht zu. Diese Ausdehnung wäre daher gegenstandslos. Gegenüber Aszendenten lassen auch das preuß. A. L. R. II, 2 § 515 und einige andere Rechte[2]) die Entziehung aus guter Absicht zu. Einer solchen Fürsorge seitens der Kinder für die nach dem Entwurfe allein pflichttheilsberechtigten Eltern bedarf es nicht; sie würde sogar unnatürlich erscheinen.

§ 2003.

3. Gründe gegenüber einem Elterntheile.

Aus den zum § 2001 angeführten Gründen muß die Entziehung des Pflichttheiles auch gegenüber dem Vater sowie der Mutter zulässig sein. Das geltende Recht stimmt damit im Wesentlichen überein. Außer dem in Ansehung eines Elterntheiles nicht in Betracht kommenden Grunde des § 2001 Nr. 7 sind dieselben Entziehungsgründe aufgenommen wie für die Entziehung gegenüber einem Abkömmlinge, allein ausgenommen die vorsätzliche körperliche Mißhandlung (§ 2001 Nr. 2). Die Rücksicht auf das elterliche Züchtigungsrecht und die Schwierigkeit, eine angemessene Grenze zu ziehen, verbietet es, diesen Entziehungsgrund hier anzuerkennen. Derselbe findet sich auch in keinem der in Deutschland geltenden Rechte. Der diesem nahe kommende Grund des preuß. A. L. R. II, 2 § 508: „durch üble Behandlung der Gesundheit des Erblassers einen erheblichen und dauernden Schaden boshafter Weise zufügen" (vergl. goth. Ges. § 77 Nr. 5) ist von den übrigen neueren Gesetzen nicht übernommen. Soweit nicht der Gesichtspunkt der Lebensnachstellung genügt und auch der Grund des § 2001 Nr. 6 nicht ausreicht, wäre die Aufnahme bedenklich[3]).

Vorsätzliche körperliche Mißhandlung.

Ablehnung weiterer Entziehungsgründe.

Das geltende Recht hat noch einige weitere Entziehungsgründe, zumeist solche, welche schon in Ansehung der Abkömmlinge nicht gebilligt sind, auf welche deshalb nicht nochmals einzugehen ist. Zu erwähnen ist jedoch der im preuß. A. L. R. II, 2 § 512 enthaltene und mit mannigfachen Unterscheidungen in die thüring. Erbgesetze übergegangene Grund „gröbliche Verletzung der nach den Gesetzen ihnen obliegenden Pflichten bei der körperlichen oder sittlichen Erziehung des Erblassers". Dem Kinde eine derartige Befugniß beizulegen, wäre nicht angemessen; sie würde zu einer höchst unangemessenen Kritik des Verhaltens der Eltern bei der Erziehung führen können. Auch in dieser Beziehung werden für besonders schwere Fälle zumeist die Gründe des § 2001 Nr. 1 und 6 genügen.

---

[1]) Roth § 345 Anm. 5, 6.

[2]) Oesterr. G. B.; württemb. Recht nach Stein § 88; hamb. Recht nach Baumeister § 112.

[3]) Vergl. Entsch. d. preuß. Ob. Trib. Bd. 76 S. 158.

§ 2004.

4. Wegfall des Grundes durch Verzeihung.

Daß die Verzeihung den Wegfall des Entziehungsgrundes zur Folge hat, entspricht der großen Mehrzahl der geltenden Rechte[1]).

In Ansehung der Frage, ob die angeordnete Entziehung nur durch förmlichen Widerruf beseitigt werden kann, ist das geltende Recht verschieden. Für die Bejahung der Frage entscheiden außer anderen das preuß. A. L. R. II, 2 §§ 414, 416, das österr. G. B. § 772 und das bayr. L. R. III, 3 § 16 Nr. 12.

Dahingestellt bleiben kann, ob es nach Lage des Entwurfes schon deshalb angemessen ist, der Verzeihung eine die Entziehung ausschließende Bedeutung beizulegen, weil ein Gleiches im § 451 in Ansehung des Widerrufes einer Schenkung wegen Undankes und im § 1446 in Ansehung der Geltendmachung des Scheidungsrechtes bestimmt ist. Das Recht der Pflichttheilsentziehung hat zur Voraussetzung, daß zwischen dem Erblasser und dem Pflichttheilsberechtigten durch Schuld des letzteren eine solche Entfremdung eingetreten ist, daß dem Erblasser nicht zugemuthet werden kann, dem Berechtigten noch etwas zu hinterlassen. Alle in den §§ 2001, 2003 bestimmten Entziehungsgründe lassen sich als schwere Beleidigungen des Erblassers auffassen, zu deren Sühne dem Erblasser das Entziehungsrecht beigelegt wird. Die Entfremdung hört auf, und der Beleidigung ist der Stachel genommen, wenn Verzeihung eingetreten ist. Das Entziehungsrecht verliert damit seine Grundlage und wird von selbst hinfällig. Zudem erscheint es nicht zweckmäßig, daß auf alte abgethane Vorgänge nachträglich im Testamente zurückgegriffen wird, und daß diese zur Entziehung des Pflichttheiles, also zu Zwecken benutzt werden, welche in der Regel mit der zugefügten und verziehenen Verfehlung nichts zu thun haben.

Bedenken gegen die Vorschrift.

Gegen die Aufnahme der Vorschrift kann eingewendet werden, daß unter Umständen die Verzeihung sich schwer beweisen lasse, sowie daß zu befürchten sei, die Verzeihung werde nicht selten ohne Grund im Prozesse geltend gemacht werden. Allein diese Einwendungen können nicht entscheiden. In Ansehung der erstgedachten Einwendung ist festzuhalten, daß eine ausdrückliche Verzeihung mit besonderer Rücksicht auf das Entziehungsrecht nicht gefordert wird und nicht gefordert werden kann. Die Wiederherstellung der dem verwandtschaftlichen Verhältnisse entsprechenden innigen und liebevollen Beziehungen muß genügen.

Mit dem preuß. A. L. R. II, 2 § 416 Aussöhnung und Verzeihung zu trennen, würde nicht angemessen sein. Die Aussöhnung hat die Verzeihung zur Voraussetzung. Eine Verzeihung mit Vorbehalt der Entziehung des Pflichttheiles ist keine Verzeihung; der Vorbehalt kann daher nicht zugelassen werden. Bei der Entziehung des Pflichttheiles handelt es sich um ein Recht,

[1]) Vergl. für das gemeine Recht Windscheid § 590 Anm. 15, 16 (nicht unbestritten); für das österr. G. B. Unger § 83 Anm. 10; bayr. L. R. III, 3 § 16 Nr. 12; württemb. L. R. III, 17 § 20; sächs. G. B. § 2598; thüring. Erbgesetze; Mommsen § 496 Abs. 1; für hamb. Recht Baumeister II S. 265. — Das preuß. A. L. R. hat keine ausdrückliche Vorschrift, vergl. jedoch Dernburg § 202 S. 586, 587 zu II, 2 § 416, § 205 bei Anm. 7, Eccius § 248 S. 363—365.

welches von dem Gesetze nur ausnahmsweise dem Erblasser gewährt wird. Dieses ausnahmsweise Recht erlischt mit der thatsächlich erfolgten Verzeihung. Ist wirklich Verzeihung gewährt, so bleibt hiernach für einen Vorbehalt des Entziehungsrechtes kein Raum. Die Umstände des Falles müssen ergeben, ob die mit einem solchen Vorbehalte erklärte Verzeihung noch eine Verzeihung ist.

Wirkung nach angeordneter Entziehung.

Wird aber der Verzeihung eine solche Bedeutung beigelegt, so muß ihr eine gleiche Beachtung auch dann zu Theil werden, wenn sie erfolgt, nachdem bereits die Entziehung des Pflichttheiles angeordnet ist. Der auch in einer Entscheidung des Reichsgerichtes (Bd. 15 S. 167) in den Vordergrund gestellte Gesichtspunkt, daß die errichtete letztwillige Verfügung nicht durch eine formlose Willenserklärung des Erblassers rückgängig gemacht werden könne, ist nicht für zutreffend zu erachten. Es steht nicht ein Zusammenfallen der letztwilligen Verfügung in Folge einer Willensänderung des Erblassers (contraria voluntas) in Frage, sondern es handelt sich darum, ob die getroffene Verfügung noch eine berechtigte ist oder ob sie durch die Verzeihung die ihr an sich zukommende Wirkung verloren hat. Das Letztere ist anzunehmen, weil das Bestehen oder Nichtbestehen der Pflichttheilsberechtigung nach dem Zeitpunkte des Eintrittes des Erbfalles sich bestimmt (vergl. § 2005). Dazu kommt, daß von dem rein praktischen Standpunkte aus eine verschiedene Behandlung der Verzeihung, je nachdem dieselbe vor oder nach der Anordnung der Pflichttheilsentziehung eintritt, deshalb nicht rathsam wäre, weil vielfach schwer festzustellen sein wird, ob die Verzeihung als vor oder nach diesem Zeitpunkte erfolgt anzusehen ist. Häufig wird die Verzeihung nicht durch ausdrückliche Erklärung ertheilt, sondern ist einer Reihe von Umständen zu entnehmen, welche sich über einen längeren Zeitraum vertheilen können.

§ 2005.

5. Gründe gegenüber dem Ehegatten.

Dem Erblasser wird die Befugniß, dem Ehegatten den Pflichttheil zu entziehen, nur dann beigelegt, wenn der Ehegatte sich einer Handlung schuldig gemacht hat, durch welche das Recht des Erblassers auf Scheidung oder auf Trennung von Tisch und Bett nach den §§ 1441—1445 begründet wird.

Das geltende Recht bestimmt, soweit es ein Pflichttheilsrecht des Ehegatten kennt, nicht gleichmäßig. Im Wesentlichen auf gleichem Boden mit dem Entwurfe stehen das preuß. A. L. R. II, 1 §§ 632, 499 (vorausgesetzt wird aber auch, daß der Ehegatte für den schuldigen Theil zu erklären sein würde)[1], der hess. Entw. Art. 117 (dessen Mot. S. 87), die oldenb. Gesetze v. 1873 und 1879. Das württemb. Recht hat daneben noch weitere Entziehungsgründe (Stein § 86). Das sächs. G. B. § 2582 (vergl. jedoch § 2598; Mommsen § 492) und die thüring. Erbgesetze stellen hingegen besondere Enterbungsgründe in Ansehung des Ehegatten auf, im Wesentlichen im Anschlusse an die Enterbungsgründe gegenüber Aszendenten und Deszendenten.

[1]) Vergl. Dernburg § 210 Anm. 9; Eccius § 248 Anm. 106.

Die Entscheidung des Entwurfes rechtfertigt sich im Hinblicke auf die Folgen, welche sich an die erfolgte Scheidung knüpfen. Wenn nach dem § 1444 der Antrag auf Trennung von Tisch und Bett begründet ist, so besteht thatsächlich auch schon das Recht auf Scheidung, nur schreibt das Gesetz eine solche Trennung vor, um die Möglichkeit einer Aussöhnung zu wahren. Auf diese Möglichkeit ist hier keine Rücksicht zu nehmen, weil die Aussöhnung bereits durch den Tod des Ehegatten abgeschnitten ist. Zweifel lassen sich erheben, ob nicht der relative Trennungsgrund des § 1444 lediglich dann zu berücksichtigen sei, wenn der Erblasser auf Grund des § 1445, nachdem zuvor auf Trennung von Tisch und Bett erkannt ist, das Recht erlangt hat, die Scheidung zu verlangen. Zu einer solchen Einschränkung besteht aber kein Bedürfniß. Denn es ist, wenn die Pflichttheilsentziehung auf den Trennungsgrund des § 1444 gestützt wird, nicht mit allzu großen Schwierigkeiten verbunden, bei dem Streite über die Wirksamkeit der Entziehung des Pflichttheiles festzustellen, ob die dem Ehegatten vorgeworfene Pflichtverletzung von der im § 1444 verlangten Schwere ist.

Andere Gründe für die gegen den Ehegatten sich richtende Pflichttheilsentziehung anzuerkennen, fehlt es an zureichenden Gründen. Liegt kein Scheidungs- oder Trennungsgrund vor, so bleibt der Erblasser verpflichtet, in der Verfügung von Todeswegen den Ehegatten als Ehegatten zu behandeln und zu berücksichtigen.

Mit einzelnen Rechten[1]) die Pflichttheilsentziehung aus guter Absicht gegenüber dem Ehegatten zuzulassen, besteht um so weniger ein Anlaß, als diese Ausdehnung den meisten geltenden Rechten unbekannt ist.

Unwirksamkeit der Entziehung.

In Ansehung der Entziehung des Pflichttheiles gegenüber dem Ehegatten ist die Verzeihung in weiter greifender Weise als im Falle des § 2004 berücksichtigt und nicht diese allein, sondern auch der Verlust des Rechtes durch Zeitablauf (Abs. 2). In letzterer Hinsicht kommt neben dem § 1447 die durch den § 576 der C. P. O. vorgeschriebene prozessuale Beschränkung der Geltendmachung eines Ehescheidungsgrundes in Betracht.

Beschränkung der Abkömmlinge zu Gunsten des Ehegatten.

Die Frage kann aufgeworfen werden, ob nicht durch besondere Vorschriften Vorsorge zu treffen sei dahin, daß ein Ehegatte, welcher Abkömmlinge aus der Ehe mit dem überlebenden Ehegatten hinterläßt, das Pflichttheilsrecht dieser Abkömmlinge zu Gunsten des Ehegatten noch weiter in der Art beschränken dürfe, daß der überlebende Ehegatte zum Erben auf seinen und der gemeinschaftlichen Abkömmlinge gesetzliche Erbtheile, die gemeinschaftlichen Abkömmlinge aber für den Todesfall des überlebenden Ehegatten auf das Ganze und, falls der überlebende Ehegatte wiederheirathet, auf ihre gesetzlichen Erbtheile zu Nacherben eingesetzt werden. Damit würde das Erbrecht des überlebenden Ehegatten erweitert, das Pflichttheilsrecht der Abkömmlinge gegenüber einer solchen Verfügung dahin eingeschränkt, daß die letzteren einer derartigen Verfügung nicht entgegentreten könnten, indem sie den Pflichttheilsanspruch geltend machten. Die Erweiterung des Rechtes des überlebenden

[1]) Thüring. Erbgesetze; württemb. Recht nach Stein § 88; hamb. Recht nach Baumeister § 112.

Ehegatten würde nur eintreten, wenn der verstorbene Ehegatte durch eine Verfügung von Todeswegen dies angeordnet hat. Andererseits würde der Ehegatte in seinen Rechten insofern beschränkt sein, als er in Ansehung seines Erbtheiles und der Erbtheile der Abkömmlinge, abgesehen von dem Falle einer Wiederheirath, nur Vorerbe sein würde.

Eine Regelung dieser Art muß indessen als unthunlich angesehen werden. Dagegen bleibt der auf S. 369 hervorgehobene schwerwiegende Einwand bestehen, daß den Abkömmlingen während der ganzen Lebensdauer des überlebenden Ehegatten die Möglichkeit unterbunden wird, sich wirthschaftlich selbständig zu machen. Es fehlt aber auch an zwingenden Gründen, das Pflichttheilsrecht der Abkömmlinge, welches schon als ein bloßes Forderungsrecht ausgestaltet ist, noch weiter einzuengen. Den Ehegatten ist unbenommen, durch Einführung der allgemeinen Gütergemeinschaft dem überlebenden Theile in der sich anschließenden fortgesetzten Gütergemeinschaft eine rechtliche Stellung einzuräumen, welche günstiger ist als die durch eine solche Regelung erreichbare. In denjenigen Rechtsgebieten, in welchen bisher gesetzlich allgemeine Gütergemeinschaft oder das Institut des Beisitzes oder der sog. Papiertheilung besteht, kann auf diesem Wege der bisherigen Sitte und Gewöhnung Rechnung getragen werden. Abgesehen davon kommt, wie S. 368 erwähnt, in Betracht, daß nach den §§ 1501, 1502, sofern nicht ausnahmsweise besondere Umstände obwalten, dem überlebenden Ehegatten die elterliche Nutznießung am Vermögen der Kinder bis zu deren Volljährigkeit zusteht. Durch die in Rede stehende Regelung würden also zumeist die Pflichttheilsrechte volljähriger Kinder berührt werden.

In den Rechtsgebieten, in welchen bisher schon die Verwaltungsgemeinschaft der gesetzliche Güterstand ist, kommt es allerdings nicht selten vor, daß ein Ehegatte den anderen unter Nichtberücksichtigung der Kinder zum ausschließlichen Erben letztwillig einsetzt, und daß die Kinder in letztwillige Anordnungen, welche im Wesentlichen dasselbe Ergebniß haben wie die bezeichnete Regelung, sich ohne Weiteres fügen. Allein dies sind vorzugsweise solche Fälle, in welchen das hinterlassene Vermögen nicht oder nur soeben hinreicht, um dem überlebenden Ehegatten ausreichenden Unterhalt zu bieten, oder in welchen es im allseitigen Interesse liegt, eine Zersplitterung des Vermögens zu vermeiden. Keineswegs kann daraus entnommen werden, daß es unbedenklich sein würde, den Abkömmlingen einen Zwang aufzuerlegen, sich in derartige Anordnungen zu fügen. Ein solcher Zwang würde im Gegentheile schwer empfunden werden, als Regel hingestellt der inneren Rechtfertigung durchaus entbehren und deshalb vielfach gar nicht verstanden werden.

In den besonders gearteten Fällen die richtige Lösung zu finden, wird, wie in den gedachten Rechtsgebieten Deutschlands bisher, so auch ferner der Pietät und dem Familiensinne ohne Gefahr überlassen bleiben können.

Ersatz an Armenverbände rc. für den Unterhalt.

Weiter ist geprüft worden, ob ein Bedürfniß bestehe, zu Gunsten der Armenverbände oder Armenpflege-Anstalten oder des Staates, welchen der Pflichttheilsberechtigte, dem der Pflichttheil entzogen ist, zur Last fällt, dahin vorzusehen, daß diese Ersatz ihrer Aufwendungen fordern können bis zur Höhe des Betrages, welcher dem Pflichttheilsberechtigten zugefallen sein würde.

Eine Vorschrift dieses oder eines ähnlichen Inhaltes würde anomal sein. Die Unterhaltspflicht unter Verwandten erlischt nach dem § 1496 mit dem Tode des Pflichtigen. Diese Unterhaltspflicht für den Fall der Entziehung des Pflichttheiles über den Tod des Pflichtigen hinaus zu erstrecken, würde weder innerlich gerechtfertigt sein noch läßt sich ein Bedürfniß dafür anerkennen, zumal die völlige Pflichttheilsentziehung immerhin nicht häufig ist. Keine Gesetzgebung enthält derartige Vorschriften. Wenn das österr. G. B. im § 795 dem von seinem Pflichttheile gesetzmäßig ausgeschlossenen Notherben doch immer den nothwendigen Unterhalt ausmessen läßt, und im § 796 dem Ehegatten statt des Pflichttheiles bis zur Wiederheirath den mangelnden anständigen Unterhalt gewähren läßt, so handelt es sich um Vorschriften anderen Inhaltes. Der Art. 116 des hess. Entw., nach welchem der Erblasser in gewissen Fällen den Pflichttheil bis auf die Hälfte herabsetzen kann, bestimmt gleichfalls in anderer Richtung. Vorschriften des bezeichneten Inhaltes würden zu erheblichen Unzuträglichkeiten führen. Zu beachten ist, daß ein solcher Pflichttheilsberechtigter, dem der Pflichttheil gänzlich entzogen ist, erst sehr lange Zeit nach dem Tode des Erblassers der Armenpflege zur Last fallen kann. Wenn auf Grund derartiger Vorschriften der Armenverband u. s. w. dann noch mit Ansprüchen hervortreten könnte, welche gar nicht vorauszusehen waren, und wenn alsdann vielleicht nachträglich Vermächtnißnehmer sollten in Anspruch genommen werden können, weil nunmehr ihre Ansprüche Kürzungen zu unterwerfen seien, so müßten kaum entwirrbare Verwickelungen entstehen.

§ 2006.

6. Art der Pflichttheilsentziehung. Form. Kodizill.

Für das gemeine Recht wird die Ansicht vertreten, die Enterbung dürfte nicht in einem Kodizille erfolgen[1]). Da der Entwurf Kodizille als eine besondere Art letztwilliger Verfügungen nicht kennt, ist die Frage für ihn ohne Belang.

Erbvertrag.

Daß die Entziehung des Pflichttheiles nicht in einem Erbvertrage erfolgen kann, spricht eine erheblichere Anzahl der geltenden Rechte aus, so das preuß. A. L. R. II, 2 § 431 (vergl. § 379), das sächs. G. B. § 2595, das österr. Recht, das württemb. Recht, u. A., auch noch das lüb. Ges. von 1862. Für das gemeine Recht wird diese Ansicht gleichfalls vertreten[2]). Der Entwurf hat keinen Anlaß, jenen Rechten zu folgen. Die Entziehung des Pflichttheiles ist eine Verfügung von Todeswegen im Sinne des § 1753. Als solche hat sie im Wege einer letztwilligen Verfügung zu erfolgen. Diese letztwillige Verfügung kann aber in einem Testamente oder in formaler Verbindung mit einem Erbeinsetzungsvertrage (§ 1955) getroffen werden. Gegenstand einer vertragsmäßigen Bindung des Erblassers kann die Entziehung nach dem § 1956 Abs. 2 niemals sein. Ebensowenig kann die Entziehung Gegenstand eines sonstigen Vertrages sein. Eine Bindung des Ver-

[1]) Roth § 346 Anm. 39; dagegen Stobbe § 306 Anm. 13.
[2]) Roth § 335 Anm. 17; Stobbe § 306 Anm. 13, 14.

fügenden würde gegen die guten Sitten verstoßen. Auch müßte ein solcher Vertrag besonders gestattet werden, um zulässig zu sein. Hiernach kann jede Vorschrift entbehrlich erscheinen. Gleichwohl ist die Aufnahme der Entscheidung, daß die Entziehung des Pflichttheiles durch letztwillige Verfügung erfolgt, rathsam. Der Entwurf hebt in den §§ 1755, 1756, 1757, 1889 2c. ausdrücklich hervor, welche einzelnen einseitigen Anordnungen von Todeswegen durch letztwillige Verfügung getroffen werden können. Würde, davon abweichend, hier nichts bestimmt, so könnte darin etwas Besonderes gesucht werden. Zudem wird durch die Vorschrift die Deutlichkeit des Gesetzes gefördert. Die Entziehung des Pflichttheiles ist immerhin nur mittelbar eine Verfügung von Todeswegen über das Vermögen. Endlich kann nicht außer Betracht bleiben, daß es in Deutschland Rechtsgebiete giebt, welchen die Pflichttheilsentziehung zur Zeit völlig fremd ist.

Die Entziehung im Erbeinsetzungsvertrage, wenn auch ohne Bindung des Verfügenden, zuzulassen, ist schon deshalb unbedenklich, weil der Entwurf einen formlosen Erbvertrag nicht kennt, vielmehr in den §§ 1943 ff. die Form des Erbeinsetzungsvertrages wesentlich der Testamentsform angeglichen hat. Damit entfällt für ihn der von dem Reichsgerichte Bd. 11 S. 117 für die entgegengesetzte Entscheidung geltend gemachte Grund. Selbstverständlich kann die Entziehung auch in einer der nach den §§ 1925 ff. zulässigen Testamentsformen erfolgen.

Aufhebung.

Ueber die Aufhebung der Entziehung in anderer Art als durch Verzeihung (§§ 2004, 2005 Abs. 2) bedarf es besonderer Vorschriften nicht.

§ 2007.

Angabe des Grundes. Geltendes Recht.

Im gemeinen Rechte wird gestritten, ob der besondere Grund der Enterbung angegeben sein muß; jedoch sind die Rechtslehrer zumeist dieser Ansicht[1]). Für die Enterbung aus guter Absicht wird auch die entgegenstehende Ansicht vertreten[2]). In Ansehung des preuß. A. L. R. wird gleichfalls hierüber gestritten[3]). Das österr. G. B. §§ 771, 782 verlangt die Angabe des Enterbungsgrundes nicht; ebensowenig Mommsen § 494. Dagegen schreiben die Angabe des Grundes vor das sächs. G. B. § 2595, die thüring. Erbgesetze und zahlreiche Rechte beschränkten Geltungsgebietes, sowie die oldenb. Gesetze von 1873 Art. 41 § 2 und 1879 Art. 38 § 2.

Entwurf.

Der Entwurf folgt den letzteren, mit der Ausdehnung auf die Entziehung aus guter Absicht. Wird ein gesetzlicher oder nicht erweislicher Grund angegeben, so entfällt die Entziehung, auch wenn ein anderer sie rechtfertigender Grund erwiesen werden kann.

[1]) Windscheid § 589 Nr. 2; Roth § 346 Anm. 53.

[2]) Seuffert's Arch. 31 Nr. 252.

[3]) Vergl. jedoch Eccius § 248 bei Anm. 100, Dernburg § 204 Anm. 5, 6; anderer Ansicht, mit Unger § 83, Behrend's Zeitschr. Bd. 7 S. 62 ff.

§ 2008.

Eine Vorschrift über die Beweislast kann im Hinblicke auf den § 194 entbehrlich erscheinen. Die Aufnahme der Entscheidung, daß der Beweis demjenigen obliegt, welcher die Entziehung geltend macht, ist jedoch räthlich mit Rücksicht auf die, insbesondere im gemeinen Rechte, bestehenden Meinungsverschiedenheiten[1]).

7. Beweis des Grundes.

Nach dem gemeinen Rechte wird die Enterbung kraftlos, wenn das Testament destitut wird[2]). Das Gegentheil auszusprechen, kann deshalb erforderlich erscheinen, weil der Entwurf nach Aufhebung der gemeinrechtlichen Grundsätze, auf welchen dieses Ergebniß beruht (nemo pro parte u. s. w., Notherbrecht), auf diesem Boden nicht steht. Allein nach Aufnahme des § 1787 muß das Bedürfniß, einen solchen Folgesatz auszusprechen, geleugnet werden.

Destitutes Testament.

Ferner bedarf es keiner Vorschrift darüber, wie die Sachlage sich gestaltet bei dem Wegfalle der Entziehung oder für den Fall, daß der Erblasser irrthümlich einen nicht bestehenden Entziehungsgrund als bestehend angenommen hat. Nach dem Entwurfe muß es als selbstverständlich angesehen werden, daß, wenn der Entziehungsgrund wegfällt, sofern der Eblasser nicht ein Anderes bestimmt hat, der Pflichttheilsberechtigte nur Anspruch auf den Pflichttheil hat. Die in dieser Hinsicht bestehende Streitfrage des preuß. Rechtes[3]) kann gegenüber den Vorschriften des Entwurfes nicht aufgeworfen werden. Daß im Falle eines Irrthumes des Erblassers der § 1781 anwendbar werden kann, bedarf nicht der Erwähnung.

Wegfall der Entziehung.

Irrthümliche Annahme eines Grundes.

§§ 2009—2018.

Das geltende Recht sucht dem vorzubeugen, daß der Erblasser den Pflichttheil durch freigebige Geschäfte unter Lebenden beeinträchtige. Fast ausnahmslos wird ein Schutz der Pflichttheilsberechtigten dadurch zu erreichen gesucht, daß die Schenkungen für anfechtbar erklärt werden und dem Pflichttheilsberechtigten ein Anspruch gegen den Beschenkten gewährt wird. In der Ausgestaltung des Anspruches und in der Feststellung der Voraussetzungen, unter welchen solche Schenkungen dem Angriffe des Pflichttheilsberechtigten unterliegen, ist das geltende Recht verschieden.

VIII. Inofficiosa donatio.

Der Entwurf kann sich um so weniger der Aufgabe entziehen, dem Pflichttheilsberechtigten gegen Freigebigkeiten des Erblassers unter Lebenden einen Schutz zuzubilligen, als er im § 1952 sogar dem Vertragserben einen Schutz gegen Schenkungen des Erblassers gewährt. Er begnügt sich jedoch,

---

[1]) Windscheid § 583 Anm. 5, § 587 Anm. 4; Roth § 346 Anm. 56; Seuffert's Arch. 10 Nr. 70, 18 Nr. 263, 25 Nr. 43; Eccius § 248 Anm. 100; Dernburg § 207 Anm. 18—21; bayr. L. R. III, 3 § 16 Nr. 7; württemb. L. R. III, 17 §§ 2, 5; sächs. G. B. §§ 2577, 2595; Unger § 84 bei Anm. 6; u. A.

[2]) Roth § 346 Anm. 43; Dernburg § 205 Nr. 2.

[3]) Vergl. Eccius § 248 S. 365; Dernburg § 205 Anm. 4.

Schutz nur gegen Schenkungen.

gegen Schenkungen Schutz zu gewähren. Einige geltende Rechte dehnen den Kreis der anfechtbaren Rechtsgeschäfte aus. So rechnen viele Rechte Gewährung einer Ausstattung und dem gleichgestellte sog. subsidia paterna zu den Geschäften, gegen welche der Pflichttheilsberechtigte zu schützen ist[1]).

Ausstattung rc.

Die Ausstattung und die im § 2158 Abs. 1 bezeichneten Zuwendungen sind, wie im § 1952, nicht besonders erwähnt. Die Ausstattung im Sinne des § 1500 durch den Vater oder die Mutter ist nach der Entscheidung dieser Vorschrift überhaupt nicht als Schenkung anzusehen. Die übrigen Zuwendungen der im § 2158 bezeichneten Art sind gewöhnliche Schenkungen, soweit nicht die im § 2018 bestimmte Ausnahme vorliegt. Würden solche Zuwendungen besonders erwähnt, so könnte dies zu unrichtigen Schlußfolgerungen Anlaß geben. Ist aber eine solche Zuwendung keine Schenkung, so kann es für den Anspruch des Pflichttheilsberechtigten auch nicht in Betracht kommen, ob der Zuwendende die Ausgleichungspflicht für die Auseinandersetzung der Erben ausgeschlossen hat oder nicht.

Leibrentenkauf.

Das preuß. A. L. R. I, 11 §§ 637—639 giebt dem Pflichttheilsberechtigten einen ähnlichen Anspruch wie in Ansehung der Schenkungen im Falle des Leibrentenkaufes seitens des Erblassers unter dort näher angegebenen Voraussetzungen[2]). Diese Vorschriften sind ohne Vorgang und Nachfolge in den übrigen geltenden Rechten. Dieselben haben zu zahlreichen Streitfragen geführt; sie entbehren der inneren Berechtigung.

Abfindung für einen Erbverzicht.

Mit größerem Rechte könnte daran gedacht werden, die für einen Erbverzicht gewährte Abfindung einer Schenkung gleichzustellen, zumal in Rücksicht darauf, daß der Verzichtende bei der Berechnung des Pflichttheilsbruchtheiles mitgezählt wird (§ 1984). Dafür läßt sich geltend machen, daß das Pflichttheilsrecht durch die für einen Erbverzicht gewährte übermäßige Abfindung ebenso beeinträchtigt werden könne, wie durch eine Schenkung, und daß die aleatorische Natur einer solchen Abfindung die Feststellung überaus erschwere, ob oder inwieweit eine Schenkung untergelaufen sei. Allein die Behandlung einer jeden solchen Abfindung als Schenkung würde viel zu weit führen. Damit würde jedes derartige Geschäft in's Schwanken gebracht und die praktische Bedeutung des Institutes des Erbverzichtes in einer Weise eingeengt, welche mit den Bedürfnissen des Lebens nicht im Einklange steht. Wie bei allen aleatorischen Geschäften, so muß auch hier der Prüfung des einzelnen Falles überlassen werden, ob ein mit Schenkung gemischtes Geschäft vorliegt oder nicht[3]). Soweit eine Schenkung vorliegt, greifen selbstverständlich die §§ 2009 ff. Platz.

Uebermäßige Schenkungen. Geltendes Recht.

Eine größere Zahl der geltenden Rechte gewährt einen Schutz nur gegen übermäßige Schenkungen, d. h. gegen Schenkungen, welche nach dem Vermögensbestande zur Zeit der Schenkung übermäßige sind. Das entscheidende Gewicht wird also auf die Größe der Schenkung gelegt. Hierher gehören das gemeine

---

[1]) Windscheid § 586 Anm. 1; Roth § 348 Anm. 16—19; Unger § 86 Anm. 15; sächs. G. B. § 2613; Mommsen §§ 519, 288, u. A.

[2]) Vergl. Dernburg § 212 Anm. 16; Eccius § 248 S. 384, 385.

[3]) Vergl. Eccius § 248 Anm. 192, 194; Dernburg § 212 Anm. 11.

Recht[1]), das bayr. L. R. III, 8 § 14 Nr. 3, das württemb. Recht (Stein § 76), das sächs. G. B. §§ 2603 ff., auch das österr. G. B. § 951. Nach gemeinem Rechte können diejenigen Schenkungen angefochten werden, welche den nach dem Vermögensstande des Erblassers zur Zeit der Schenkung einschließlich des Verschenkten (das Vermögen als Nachlaß gedacht) berechneten Pflichttheilsbetrag in dem als nicht verschenkt zurückbleibenden Vermögen ungedeckt lassen. Spätere im wirklichen Nachlasse noch vorhandene Vermögensmehrungen beseitigen die Pflichtwidrigkeit; spätere Vermögensminderungen lassen die zur Zeit der Schenkung bestandene Lage unberührt. Das preuß. A. L. R. I, 11 §§ 1113 bis 1116 folgt zwar im Wesentlichen dem gemeinen Rechte, aber rechnet anders. Dem Pflichttheilsberechtigten wird das Recht gewährt, Schenkungen zu widerrufen, welche der Erblasser in den letzten drei Jahren gemacht hat, sofern der Reinbetrag des Nachlasses bis unter die Hälfte des Betrages der in diesen drei Jahren gemachten Schenkungen vermindert worden ist. Verglichen wird also die Summe der Schenkungen mit der Summe des Nachlasses; erreicht letztere die Hälfte jener Summe nicht, so ist der Nachlaß bis auf diese Hälfte zu ergänzen[2]). Das sächs. G. B. und die neueren Entwürfe[3]) weichen in vielen Einzelheiten vom gemeinen Rechte ab.

Anders regelt der code civil Art. 913 ff., 922 ff.[4]). Jede Schenkung kann danach angefochten werden, wenn der aus dem Reinbetrage des Nachlasses mit Zuschlag des Geschenkes berechnete Pflichttheilsbetrag sich höher stellt als der Betrag des wirklichen Nachlasses. Mehrere Schenkungen werden zusammen dem Reinbetrage des Nachlasses zugerechnet, aber angegriffen wird zunächst die neueste Schenkung. Die Verfügung unter Lebenden wird der letztwilligen Verfügung gleichgestellt. Demgemäß werden zunächst die letztwilligen Verfügungen und nach diesen die Zuwendungen unter Lebenden gekürzt. Mit einzelnen Modifikationen haben sich der preuß. Entw. v. 1831 I, 11 §§ 798 bis 801 und der gedruckte bayr. Entw. v. 1861 Art. 111 Abs. 2 angeschlossen.

Entwurf: Anschluß an den Gedanken des franz. Rechtes.

Obschon dem code civil sichtbar die ihm eigene Unterscheidung von portion disponible und réserve zu Grunde liegt, auch die von ihm durchgeführte Gleichstellung von Schenkungen und Vermächtnissen (im Sinne des franz. Rechtes also auch die Zuwendungen an légataires universels) auf seine Vorschriften nicht ohne Einfluß gewesen ist, erachtet der Entwurf den Gedanken des franz. Rechtes für den richtigen in Ansehung der Entscheidung der Frage, welche Schenkungen in Betracht zu ziehen sind. Er gelangt zu dem Grundsatze, daß der Pflichttheilsberechtigte Schenkungen des Erblassers nicht gegen sich gelten zu lassen braucht, wenn ihm nicht so viel hinterlassen ist, als der Pflichttheil betragen würde, wenn das Verschenkte sich zur Zeit des Erbfalles noch im Nachlasse befände. Die dem Erblasser an sich zustehende Freiheit, unter

[1]) Windscheid § 586 Anm. 5—7; Roth § 348, II 2; Seuffert's Arch. 4 Nr. 137, 7 Nr. 213, 9 Nr. 193, 23 Nr. 152 und 238; u. A.

[2]) Vergl. Eccius § 248 S. 382; Dernburg § 212 Anm. 6—8.

[3]) Mommsen §§ 508—510; hess. Entw. IV, 2 Art. 120.

[4]) Zachariae §§ 677, 681 Anm. 1, § 685 Anm. 3.

Lebenden über sein Vermögen zu verfügen, kann keine ungemessene sein. Die Einrichtung des Pflichttheiles bedingt eine Schranke in Ansehung des Umfanges des verschenkbaren Vermögens. Ohne eine solche Schranke würde das Institut des Pflichttheiles kaum eine materielle Bedeutung haben. Daß eine solche Schranke zu setzen ist, erkennen auch alle geltenden Rechte an. Nur die Bestimmung der Schranke ist eine verschiedene.

Mit dem gemeinen Rechte und den diesem in der Hauptsache sich anschließenden Rechten die Schranke nach dem Zeitpunkte der Schenkung zu bemessen, ist nicht für gerechtfertigt erachtet. Das Ergebniß ist, daß jede Schenkung unantastbar ist, welche den Pflichttheil nicht beeinträchtigt hätte, wenn der Erblasser im Zeitpunkte der Schenkung gestorben wäre. Dafür kann vorzugsweise geltend gemacht werden, daß eine derartige Schenkung, weil nicht übermäßig, das Pflichttheilsrecht nicht beeinträchtige, daß ferner, wenn von dem Erfordernisse der Uebermäßigkeit zur Zeit der Vornahme der Schenkung abgesehen werde, kein Grund sich finden lasse, um dem Beschenkten das Geschenkte wieder zu entziehen, endlich, daß es hart und unbillig sei, die Wirksamkeit der Schenkung von Umständen abhängig zu machen, welche einer späteren, vielleicht kaum absehbaren Zeit angehören, und welche von dem Beschenkten schlechterdings nicht vorausgesehen werden konnten.

Allein diese Gründe können für entscheidend nicht erachtet werden. Freigebige Zuwendungen haben nicht eine so endgültige Wirksamkeit, daß sie nicht unter Umständen im Interesse von Personen, welche darunter zu leiden haben, entkräftet werden können. Dies lehren überzeugend die Vorschriften der Konk. O. und des Ges. v. 21. Juli 1879 über die Anfechtung von Rechtshandlungen. Auf demselben Gesichtspunkte beruhen auch die Vorschriften des § 1952. Wie das Vertragserbrecht, so ist auch das Pflichttheilsrecht der Regel nach unentziehbar. Diese Unentziehbarkeit des Pflichttheilsrechtes läßt es gerechtfertigt erscheinen, davon auszugehen, es wohne jeder Schenkung des Erblassers kraft des Gesetzes die Voraussetzung inne, der Erblasser werde dem Pflichttheilsberechtigten so viel hinterlassen, wie der letztere erhalten haben würde, wenn das Geschenkte zur Zeit des Erbfalles im Nachlasse vorhanden wäre.

Ablehnung des Erfordernisses der Uebermäßigkeit.

Gegen das Erforderniß der Uebermäßigkeit der Schenkung, wenn allein auf die Zeit der Vornahme gesehen wird, erheben sich gewichtige Bedenken. Es ist schon auffallend, wie eigenthümlich sich die Lage des Pflichttheilsberechtigten gestalten würde, je nachdem die Schenkung die Grenze der Uebermäßigkeit um ein Geringes übersteigt oder um ein Geringes hinter dieser Grenze zurückbleibt. Hat z. B. der Erblasser von dem 10000 betragenden Vermögen 5001 verschenkt, so beträgt der Pflichttheil, falls er die Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles ausmacht, 5000, hat er genau 5000 verschenkt, so beträgt der Pflichttheil nur 2500. Erheblicher noch ist das praktische Bedenken, welches der Beweislast zu entnehmen ist. Es ist fast unmöglich, den Bestand des Vermögens, welches der Erblasser zur Zeit der Schenkung gehabt hat, nachträglich festzustellen, nachdem ein längerer Zeitraum verstrichen ist. Für den regelmäßigen Pflichttheilsanspruch besteht in dieser Hinsicht wenigstens das Hülfsmittel des § 1988. Dieses versagt aber bei der Schenkung in mehr als einer

Richtung. Die Praxis lehrt, daß nicht selten die wegen pflichtwidriger Schenkungen erhobenen Ansprüche an der Beweisschwierigkeit scheitern.

Würde das Erforderniß der Uebermäßigkeit festgehalten, so würden weitere, zum Theil zu anderen Schwierigkeiten führende Vorschriften nöthig über den Einfluß oder die Einflußlosigkeit späterer Vermögensmehrungen oder Vermögensminderungen.

Allerdings läßt sich auch gegen den Grundsatz des Entwurfes erinnern, er werde insofern zu praktischen Unzuträglichkeiten führen, als danach der Pflichttheilsberechtigte jede, auch die geringste und die zeitlich entlegenste Schenkung herbeiziehen könne und nicht selten herbeiziehen werde. Indessen ist dem gegenüber darauf hinzuweisen, daß es sich immer nur um die ungleich einfachere Feststellung des Vorhandenseins und der Höhe der Schenkungen handeln kann, und daß Schenkungen geringfügiger Art zumeist nur solche sind, welche durch eine sittliche Pflicht oder die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gerechtfertigt sind, diese aber durch den § 2018 ausgeschieden sind.

Ablehnung einer Fristbestimmung.

Das preuß. A. L. R. und Mommsen § 508 lassen alle Schenkungen außer Betracht, welche vor längerer Zeit als drei Jahre vor dem Tode des Erblassers erfolgt sind. Eine solche oder eine ähnliche Fristbestimmung wäre schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil der Pflichttheilsberechtigte nicht in der Lage ist, sein Recht zu wahren, solange der Erblasser lebt. Soll dem Pflichttheilsberechtigten ein Schutz gegen die Benachtheiligung durch Schenkungen des Erblassers gewährt werden, so kann es nicht auf die Zeit ankommen, zu welcher die Schenkung gemacht ist. Zweckmäßigkeitsrücksichten nöthigen ebenfalls nicht zu einer zeitlichen Beschränkung. Das Leben bringt von selbst mit sich, daß die einer fernliegenden Zeit angehörenden geringfügigen Schenkungen von dem Pflichttheilsberechtigten zur Einrechnung in den Nachlaß nicht herbeigezogen werden. Einige Schranken setzt freilich auch der Entwurf, nämlich — außer der bereits erwähnten des § 2018 — durch die Zuweisung des Anspruches nur an gewisse Personen, welche zur Zeit der Schenkung vorhanden sind oder als vorhanden angesehen werden, im § 2009, endlich durch die im § 2015 angeordnete Haftung des später Beschenkten vor dem früher Beschenkten. Diese Beschränkungen erscheinen ausreichend. Würde noch eine zeitliche Schranke beigefügt, so müßte wiederum eine Ausnahme gemacht werden in Ansehung solcher Schenkungen, welchen ein Dolus zu Grunde liegt. Denn die Nichtbeachtung doloser Schenkungen ließe sich mit den Grundsätzen, auf welchen der Entwurf beruht, nicht vereinigen. Auf den Dolus bei solchen Schenkungen Gewicht zu legen, würde aber im Interesse der Praktikabilität des Rechtes nicht wohl ausführbar sein; überdies ist nicht ersichtlich, wie der Begriff dieses Dolus sich in befriedigender Weise bestimmen ließe. Würde verlangt, daß die Schenkung geschehen sei, um den Pflichttheilsberechtigten zu benachtheiligen, so könnte die Vorschrift wohl keine praktische Bedeutung gewinnen. Denn die Absicht des Schenkers geht stets dahin, dem Beschenkten einen Vortheil zuzuwenden, kaum aber wird je ein Schenker beabsichtigen, unmittelbar den Pflichttheilsberechtigten zu schädigen. Dazu kommt, daß zur Durchführung des Anspruches des Pflichttheilsberechtigten erfordert werden müßte, der Beschenkte habe von der dolosen Absicht des

Schenkers Kenntniß gehabt. Der Nachweis einer solchen Kenntniß des Beschenkten würde dem Pflichttheilsberechtigten nur in äußerst seltenen Fällen gelingen. Würde nur verlangt, daß der Erblasser bei der Vornahme der Schenkung wußte oder wissen mußte, daß er durch die Schenkung den Pflichttheil schmälere, so müßte von dem verworfenen und nicht haltbaren Grundsatze der Uebermäßigkeit der Schenkung ausgegangen werden. Endlich würde jede zeitliche Begrenzung eine willkürliche sein.

Anfechtung. Widerruf.

Das geltende Recht giebt überwiegend dem Pflichttheilsberechtigten nur einen Anspruch gegen die Beschenkten und spricht von einer Anfechtung der Schenkung[1]), das preuß. A. L. R. sogar von einem Widerrufe der Schenkungen (I, 11 § 1113); immer aber ist zunächst nur von einem Anspruche gegen den Beschenkten die Rede[2]). Der Entwurf geht, im Anschlusse an den code civil, von der Auffassung aus, daß das Recht des Pflichttheilsberechtigten sich zunächst gegen denjenigen richte, welcher für den regelmäßigen Pflichttheilsanspruch haftet oder, wenn der Pflichttheilsanspruch in Folge einer Zuwendung ausgeschlossen ist (§§ 1979 ff.), haften würde, gegen den Beschenkten erst dann, wenn ein in erster Reihe Haftender fehlt, insbesondere also, wenn der Pflichttheilsberechtigte selbst der einzige Erbe ist, oder wenn der Nachlaß unzureichend ist (§ 2014).

Anspruch gegen den Beschenkten.

Im geltenden Rechte ist das Verhältniß, in welchem der dem Pflichttheilsberechtigten wegen einer Schenkung des Erblassers zustehende Anspruch zu dem Pflichttheilsanspruche selbst steht, zumeist von Dunkelheiten nicht frei. Hat ein ohne Hinterlassung einer Verfügung von Todeswegen verstorbener Erblasser den einzigen gesetzlichen Erben durch eine bei Lebzeiten gemachte Schenkung in seinem Pflichttheilsrechte beeinträchtigt, so ist klar, daß der Pflichttheilsberechtigte sich lediglich an den Beschenkten halten kann. Anders liegt der Fall, wenn der Erblasser in der Lage war, dem Pflichttheilsberechtigten so viel zu hinterlassen, als dessen Pflichttheil unter Berücksichtigung der Schenkung beträgt, wenn er dies aber gleichwohl nicht gethan, vielmehr eine Verfügung von Todeswegen errichtet und durch diese Verfügung dasjenige, was zur Befriedigung des Pflichttheilsanspruches auch in Ansehung der Schenkung ausreichen würde, anderen Personen durch Erbeinsetzung zugewendet hat. Dann erhebt sich der Zweifel, ob der Pflichttheilsberechtigte sich zunächst an den eingesetzten Erben solle halten können oder müssen und ob ihm die Befugniß, gegen den Beschenkten vorzugehen, nur insoweit beizulegen sei, als der Erbe nicht haftet. Die Folgesätze des zuerst erörterten Grundsatzes weisen offenbar darauf hin, daß in der hier fraglichen Beziehung eine letztwillige Verfügung nicht anders behandelt werden kann als eine Schenkung. Die letztwillige Zuwendung ist ebenso ein Akt der Freigebigkeit wie die zuvor gemachte Schenkung. Da ohne die letztwillige Zuwendung die Schenkung unberührt geblieben wäre, so muß zunächst die letztwillige Zuwendung zur Gewährung oder Ergänzung des

---

[1]) Windscheid § 586; Roth § 348; Unger 86; sächs. G. B. § 2603; Mommsen § 508; u. A.

[2]) Windscheid § 586 Anm. 12; Roth § 348 Anm. 33.

Pflichttheiles dienen. Dies tritt klar hervor, wenn der Erblasser einen beliebigen Fremden (extraneus) zum Erben eingesetzt hat. Ein solcher Fremder kann nicht wohl besser gestellt sein als der Beschenkte. Dasselbe muß aber auch dann gelten, wenn ein anderer gesetzlicher Erbe auf Kosten des Pflichttheilsberechtigten begünstigt worden ist. Die Auseinandersetzung der Erben mit etwaigen Vermächtnißnehmern bestimmt sich alsdann nach allgemeinen Grundsätzen. Aehnliche Gedanken spricht Mommsen in seinen Motiven S. 490, 491 zum § 515 seines Entwurfes aus.

Wenn eingewendet werden möchte, die Schenkung sei von Anfang an mit einer Schwäche behaftet gewesen, welche sie als entkräftbar erscheinen lasse, nicht das Gleiche gelte von der völlig gültigen letztwilligen Zuwendung, so kann dieser Einwand nicht als zutreffend anerkannt werden. Damit würde der zuerst erörterte Grundsatz überspannt werden. Der Zweck jenes Grundsatzes — zu verhüten, daß der Pflichttheilsberechtigte durch Schenkungen unter Lebenden benachtheiligt wird — trägt nicht weiter, als daß Schenkungen insoweit ökonomisch rückgängig gemacht werden, als der Nachlaß bei dem Tode des Erblassers nicht hinreicht, dem Pflichttheilsberechtigten das ihm Gebührende zu gewähren. Hat der Erblasser diesen Nachlaß selbst noch durch willkürliche Anordnungen zum Nachtheile des Pflichttheilsberechtigten gemindert, so müssen diese Anordnungen zunächst fallen. Demgemäß ist davon als Regel auszugehen, daß der durch eine Erbeinsetzung benachtheiligte Pflichttheilsberechtigte sich an den eingesetzten Erben, welcher auch sonst für den Erbtheil haftet, zu halten hat. Soweit er sich aber an dem Erben wegen des auf die Schenkung fallenden Pflichttheilsbetrages nicht zu erholen vermag, muß er auch gegen den Beschenkten vorgehen können; so insbesondere, wenn der Erbe selbst nur dasjenige erhalten hat, auf welches er auch gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten ein Recht hat, ferner, wenn der Nachlaß zur Befriedigung des durch Hinzurechnung der Schenkung vergrößerten Pflichttheilsbetrages nicht ausreicht.

Zu einer Aenderung des § 1990 dahin, daß bei Berechnung des Pflichttheiles überhaupt der Werth der Schenkungen dem Nachlaßbestande hinzuzurechnen ist (vergl. S. 414), nöthigt dieser Grundsatz nicht. Denn es handelt sich hier um einen speziellen Fall, der nur unter ganz besonderen Voraussetzungen vorliegt, während der § 1990 eine allgemeine Tragweite hat und für alle diejenigen Fälle voll berechtigt ist, in welchen das hier fragliche Verhältniß nicht obwaltet.

Die sachlichen Erwägungen, welche dieser Auffassung zu Grunde liegen, legen an sich nahe, so zu regeln, daß der Anspruch des benachtheiligten Pflichttheilsberechtigten sich zunächst gegen den Beschenkten zu richten hat, und daß der Beschenkte nur dann nicht haftet, wenn die Benachtheiligung nicht durch die Schenkung selbst, sondern erst dadurch eingetreten ist, daß der Erblasser zu Gunsten Anderer Verfügungen von Todeswegen getroffen hat, sodaß also nur in dem letzteren Falle diese Anderen zu haften haben. Der Entwurf geht indessen von der entgegengesetzten Annahme aus und kommt dadurch zu dem Ergebnisse, daß von einer Anfechtung ganz abzusehen ist, der Anspruch vielmehr als ein außerordentlicher Pflichttheilsanspruch sich gestaltet, indem der

Außerordentlicher Pflichttheilsanspruch.

Anspruch grundsätzlich gegen denjenigen sich richtet, welcher gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten an sich für den Pflichttheilsanspruch einzustehen hat. Die Fälle, in welchen nicht dieser, sondern der Beschenkte haftet, werden als Ausnahmen hingestellt. Diese Regelung unter Zugrundelegung eines formalen Prinzipes unterliegt Einwendungen, zumal der Grundsatz mit Rücksicht auf die maßgebenden sachlichen Gesichtspunkte weitgehende Ausnahmen erfahren muß. Allein diese Einwendungen müssen zurücktreten vor dem großen Vortheile, welchen die feste Kategorie des Pflichttheilsanspruches gewährt. Die Regelung entspricht übrigens auch dem Gedanken, auf welchen die Entscheidung des Reichsgerichtes Bd. 4 S. 119 sich stützt, sogar die erlaubte Schenkung werde gegenüber dem Erben dem Nachlasse hinzugerechnet, es sei denn, daß der Erbe nur den gesetzlichen Erbbruchtheil erbt. Wegen dieser letzteren Ausnahme vergl. zum § 2013.

Herausgabeanspruch gegen den Beschenkten.

Den Anspruch gegen den Beschenkten karakterisirt der Entwurf (vergl. § 2016), ebenfalls in Abweichung von vielen geltenden Rechten, als einen Herausgabeanspruch. Wird der dem Pflichttheilsberechtigten zum Schutze gegen Schenkungen des Erblassers gewährte Anspruch als Theil und Ausfluß des Pflichttheilsrechtes behandelt, so könnte es gerechtfertigt erscheinen, davon auszugehen, daß wie der regelmäßige Pflichttheilsanspruch (§§ 1975, 1976) so auch dieser Anspruch als Geldanspruch auszugestalten sei. Dem steht jedoch die billige Rücksichtnahme auf den Beschenkten entgegen, auf dessen Seite eine Verpflichtung nur nach den Vorschriften über Bereicherung (§§ 737 ff.) in Frage kommen könnte. Dem Beschenkten läßt sich füglich nicht ansinnen, etwas herauszugeben, was er nicht bekommen hat, also Geld statt der erhaltenen Gegenstände zu geben. Der Anspruch gegen ihn muß demgemäß zunächst auf Herausgabe des Empfangenen gewährt werden. Wie sich dieser Anspruch im Einzelnen gestaltet, wird zum § 2016 näher zu prüfen sein.

§ 2009.

1. Voraussetzungen. Hinterlassungspflicht.

Der Hauptgrundsatz des Entwurfes wird zum Ausdrucke gebracht, indem, im Anschlusse an den § 1975, dem Erblasser zur Pflicht gemacht wird, wenn er eine Schenkung an einen Anderen als den Pflichttheilsberechtigten gemacht hat, den Pflichttheil so zu hinterlassen, wie wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre (Abs. 1).

Schenkung.

Getroffen werden durch „Schenkung" sowohl das Schenkungsversprechen als die vollzogene Schenkung, wie denn überall im Entwurfe unter Schenkung beide Arten von Freigebigkeitsakten zu verstehen sind. Einen Unterschied kann es nicht machen, ob der Erblasser die Schenkung unmittelbar vollzogen oder eine Verpflichtung zur Leistung schenkungsweise übernommen hat. Deshalb bedarf es auch einer besonderen Vorschrift nicht, wie es sich gestaltet, wenn das von dem Erblasser gegebene Schenkungsversprechen noch nicht erfüllt ist.

Schenkung auf den Todesfall.

Der § 1963 scheidet die Schenkungsversprechen auf den Todesfall von selbst aus, während andererseits die durch Veräußerung vollzogenen Schenkungen auf den Todesfall durch die Vorschrift ebenso selbstverständlich getroffen werden.

Die Worte „wie wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre" bringen zum Ausdrucke nicht nur, daß die Berechnung unter Hinzurechnung des Werthes der Schenkung zum Nachlasse zu erfolgen hat, sondern auch, wie der Werth des Verschenkten dabei zu bemessen ist. Es kommt auf den Werth zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles an. Die Werthminderung, welche den verschenkten Gegenstand in der Zwischenzeit bei dem Erblasser getroffen haben würde, ingleichen der Untergang, welcher in dieser Zeit bei dem Erblasser eingetreten sein würde, fällt dem Pflichttheilsberechtigten zur Last. Der Pflichttheilsberechtigte kann nicht mehr verlangen, als so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der Erblasser nicht geschenkt hätte. Die Fassung „wie wenn das Geschenkte zum Nachlasse gehörte" würde das zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles noch nicht erfüllte Schenkungsversprechen nicht treffen, da es sich insoweit um eine Nachlaßverbindlichkeit handelt.

Hinzurechnung, Bemessung des Werthes.

Für die Werthberechnung eines zur Zeit des Erbfalles noch nicht erfüllten Schenkungsversprechens einen Maßstab zu bieten, ist nicht erforderlich. Ist das Schenkungsversprechen zur Zeit des Erbfalles fällig, so versteht es sich von selbst, daß es auf denjenigen Werth ankommt, welchen die entsprechende Nachlaßverbindlichkeit bei dem Eintritte des Erbfalles hat. Für die seltenen Fälle, in welchen das Schenkungsversprechen unter einer noch nicht eingetretenen Bedingung oder Zeitbestimmung steht, ist nicht besonders vorzusehen. Es liegt dann nicht anders, wie wenn bei der Feststellung des regelmäßigen Pflichttheiles oder bei der Abzugseinrede oder bei der Auseinandersetzung von Miterben eine bedingte oder betagte Verbindlichkeit geschätzt werden muß. Die für diese Fälle geltenden Vorschriften werden entsprechend anwendbar sein.

Bedingte, befristete Schenkungsversprechen.

In Ansehung der verbrauchbaren Sachen wird eine Ausnahme beigefügt (Abs. 1 Satz 2). Der Werth, welchen dieselben zur Zeit der Schenkung hatten, muß hier — wie im Falle des § 1840 und aus den gleichen Gründen wie dort (vergl. S. 130, 131) — maßgebend sein. Wenn dagegen erinnert werden kann, es komme nicht auf die Zeit der Schließung der Vertrages, sondern auf die Zeit der Erfüllung an, so würde dieser Einwand auch den § 1840 treffen. Die Berechtigung der Erinnerung kann aber hier so wenig wie dort anerkannt werden, da der Zusammenhang darauf hindeutet, daß der Ausdruck „Schenkung" im Sinne von „Verschenkung" gebraucht ist, also die Hingabe des Gegenstandes der Schenkung gemeint ist.

Verbrauchbare Sachen.

Daß nur Schenkungen in Betracht kommen, welche nicht schon nach dem § 1990 bei der Berechnung des Pflichttheiles an sich zur Anrechnung zu gelangen haben, ist nicht besonders hervorzuheben. Darüber kann nicht wohl ein Zweifel bestehen. Eine allzu große Korrektheit im Ausdrucke würde das Verständniß des Gesetzes mehr erschweren als fördern.

Dagegen wird betont, daß eine Schenkung an einen Anderen als den Pflichttheilsberechtigten in Frage steht. Dies ist eine nothwendige Voraussetzung der Vorschrift. Hat der Erblasser lediglich den Pflichttheilsberechtigten selbst beschenkt, so kann von einer Erhöhung des Pflichttheiles des Berechtigten wegen der Schenkung selbstverständlich nicht die Rede sein. Wie diese Schenkung dann zu berechnen ist, wenn sie nach dem § 1989 auf den Pflichttheilsbetrag nicht abzurechnen ist, bestimmt der § 2012.

Schenkung an einen Anderen als den Berechtigten.

Berechtigte Personen.

Ferner bringt der § 2009 die S. 453 bereits angedeutete Beschränkung zum Ausdrucke. Zur Begründung des Anspruches wird erfordert, daß der Pflichttheilsberechtigte zur Zeit der Schenkung bereits vorhanden und entweder pflichttheilsberechtigt war, oder in Folge des Wegfallens einer oder mehrerer anderer Personen pflichttheilsberechtigt werden konnte. Die letztbezeichneten Worte beziehen solche Fälle ein, in welchen der Erblasser z. B. zur Zeit der Schenkung Kinder und Eltern hatte und die Kinder vor ihm sterben.

Diese Beschränkung könnte mit Rücksicht auf den S. 452 dargelegten Grundsatz nicht folgerichtig erscheinen. Gegenüber der Auffassung, es wohne jeder Schenkung kraft des Gesetzes die Voraussetzung inne, daß der Schenker den ihm gegenüber Pflichttheilsberechtigten so viel hinterlasse, wie diesen zukommen würde, wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre, kann es, streng genommen, nicht darauf ankommen, wann der einzelne Pflichttheilsberechtigte zur Existenz gelangt ist. Weiter läßt sich nicht verkennen, daß, da Bestand und Umfang des Pflichttheilsrechtes nach der Zeit des Erbfalles sich bestimmen, daraus abgeleitet werden kann, diese Zeit müsse allein auch in der hier fraglichen Hinsicht über die Berechtigung des Pflichttheilsberechtigten entscheiden. Die von dem Entwurfe bezielte Gleichstellung von Schenkungen und Zuwendungen von Todeswegen (S. 455, 456) legt es gleichfalls nahe, daß, wie im Falle des § 1781 für solche Zuwendungen keine Rücksicht darauf genommen ist, ob der Pflichttheilsberechtigte zur Zeit der Zuwendung schon vorhanden war, so auch hier darauf kein Gewicht gelegt werde. Endlich kann gegen die Beschränkung geltend gemacht werden, daß, soweit sie im geltenden Rechte Anerkennung gefunden habe (vergl. österr. G. B. § 951; Mommsen § 512, dessen Mot. S. 488, 489), von dem Grundsatze ausgegangen werde, die Pflichtwidrigkeit der Schenkung sei durch deren Uebermäßigkeit bedingt, und daß insbesondere das gemeine Recht[1]), das preuß. A. L. R., der code civil, der hess. Entw. (IV, 2 Art. 122), der bayr. Entw. v. 1861 Art. 113, eine solche Beschränkung nicht kennen, das sächs. G. B. § 2606 sogar das Gegentheil ausdrücklich bestimme.

Nichtsdestoweniger kann nicht jedem zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandenen Pflichttheilsberechtigten ein solcher Anspruch beigelegt werden. Hauptgrund und Hauptzweck des Anspruches ist, den Erblasser zu hindern, das Pflichttheilsrecht durch Schenkungen unter Lebenden zu vereiteln. Hieran die Folge zu knüpfen, daß überhaupt Niemand mit Sicherheit vollwirksam schenken kann, auch wenn zur Zeit der Schenkung Personen gar nicht vorhanden sind, welche ihm gegenüber pflichttheilsberechtigt sind, würde zu weit gehen. Das ganze Institut richtet sich vorzugsweise, wenn dies auch nicht ausdrücklich ausgesprochen wird, gegen die Möglichkeit eines Mißbrauches der Verfügungsfreiheit seitens des Erblassers. Die Möglichkeit eines solchen Mißbrauches liegt erst dann vor, und erst dann ist zur Vorsorge Anlaß gegeben, wenn der betreffende Pflichttheilsberechtigte bereits zur Zeit der Schenkung vorhanden ist. Ferner darf nicht ausschließlich auf den Pflichttheilsberechtigten gesehen werden. Soweit der Beschenkte als haftpflichtig in

[1]) Windscheid § 586 Anm. 36.

Betracht kommt, verdient auch die Lage des Beschenkten berücksichtigt zu werden. Für ihn bildet die Schenkung, und nur diese, den grundlegenden Akt seiner Verpflichtung gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten. Die Gleichstellung von Schenkung und Zuwendung von Todeswegen ist überdies keineswegs eine derartige, daß sie auch in der hier fraglichen Hinsicht festgehalten werden müßte. Demgemäß erscheint es gerechtfertigt und zweckmäßig, diesen Anspruch nur demjenigen zu gewähren, welcher zur Zeit der Schenkung bereits vorhanden gewesen ist. Indessen kann es keinen Unterschied machen, ob die betreffende Person zu dieser Zeit schon unmittelbar pflichttheilsberechtigt gewesen ist oder nur zu den Pflichttheilsberechtigten dergestalt gehört hat, daß ihr zunächst noch ein anderer später weggefallener Pflichttheilsberechtigter vorgegangen ist. Solche Personen bleiben dagegen außer Betracht, welche zur Zeit der Schenkung zwar bereits gelebt haben, aber erst durch eine spätere Eheschließung, Annahme an Kindesstatt u. s. w. in den Kreis der Pflichttheilsberechtigten eingetreten sind.

Abkömmlinge.

Die Vorschrift würde eine zu enge sein, wenn sie nicht auf die zur Zeit der Schenkung bestehende Ehe Rücksicht nähme und nicht auch die Abkömmlinge der zur Zeit der Schenkung bereits vorhandenen Abkömmlinge des Erblassers einbezöge. Eine solche Ausdehnung der Beschränkung des Erblassers bestimmt der zweite Absatz. Der Anspruch ist auch solchen Personen zu gewähren, theils um Unbilligkeiten und Härten abzuschneiden, theils, weil das Bestehen einer Ehe das künftige Vorhandensein eines Pflichttheilsberechtigten als in Aussicht stehend erscheinen läßt. Mit Mommsen § 512 Abs. 1 die Berechtigung der Abkömmlinge, welche aus einer zur Zeit der Schenkung bereits bestehenden Ehe abstammen, aber nach der Schenkung geboren werden, davon abhängig zu machen, daß ein Abkömmling aus dieser Ehe bereits zur Zeit der Schenkung vorhanden war, ist weder nothwendig noch wegen der damit verbundenen weiteren Verwickelung des Rechtes rathsam. Die Vorschrift „welcher aus einer zur Zeit der Schenkung bereits geschlossenen formgültigen Ehe des Erblassers oder von einem bereits vorhandenen Abkömmlinge des Erblassers abstammt", Abs. 2 Satz 1, trifft außer dem Falle, daß es sich um einen nasciturus handelt, insbesondere noch folgende Fälle: Zur Zeit der Schenkung sind Abkömmlinge aus einer materiell ungültigen Ehe vorhanden. — Der Erblasser hatte zur Zeit der Schenkung an Kindesstatt angenommen oder durch Ehelichkeitserklärung in Gemäßheit der §§ 1583 ff. legitimirt. Die Abkömmlinge des an Kindesstatt Angenommenen oder Legitimirten haben den Anspruch, mögen sie vor oder nach der Schenkung geboren sein, auch dann, wenn der Angenommene oder Legitimirte selbst nachträglich weggefallen ist. — Die Erblasserin hatte zur Zeit der Schenkung außerehelich geboren. Die Abkömmlinge des unehelichen Kindes haben in gleicher Weise den Anspruch. — Die entfernteren Abkömmlinge, also auch Enkel oder Urenkel, sind einbezogen, weil dieselben, wie sonst, so auch in dieser Hinsicht an die Stelle des verstorbenen Elterntheiles treten. Gerechtfertigt erscheint die Berücksichtigung auch dieser Personen nur dann, wenn der Abkömmling, von welchem die Abkömmlinge abstammen, selbst pflichttheilsberechtigt war oder pflichttheilsberechtigt werden konnte. Dies ist nicht

der Fall, wenn er zur Zeit der Schenkung durch Erbverzicht ausgeschlossen war (vergl. § 2019 Abs. 2). Das Gleiche muß indessen auch dann gelten, wenn der Pflichttheilsberechtigte aus einer Ehe des Verzichtenden abstammt, welche zur Zeit der Schenkung bereits geschlossen war. Es würden sonst nicht alle Abkömmlinge gleichgestellt. Deshalb ist die Ausnahme in Ansehung der Abkömmlinge eines durch den Erbverzicht von der Erbfolge ausgeschlossenen Abkömmlinges beigefügt (Abs. 2 Satz 2).

Der Entwurf stellt in dem zweiten Absatze eine Fiktion auf. Eine solche ist jedoch zweckmäßig, weil damit eine wesentliche Vereinfachung des Gesetzes erzielt wird.

§ 2010.

2. Karakterisirung des Anspruches.

Die S. 454 ff. dargelegte Auffassung des Entwurfes von der Art des Anspruches bringt der § 2010 zum Ausdrucke, indem er bestimmt, daß auf die sich ergebende Erhöhung des Pflichttheiles, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt, die Vorschriften über den Pflichttheil entsprechende Anwendung finden. Im Interesse der Abkürzung wird für den Anspruch der terminologische Ausdruck „außerordentlicher Pflichttheil" eingeführt.

Verjährung.

Daß auch die auf die Verjährung sich beziehende Vorschrift des § 1999 entsprechend anwendbar ist, versteht sich hiernach von selbst. Zwar läßt sich geltend machen, die direkte Anwendbarkeit des § 1999 sei insofern ausgeschlossen, als die Schenkung nicht eine Verfügung im Sinne des § 1999 sei. Allein darauf kann Gewicht nicht gelegt werden, nachdem auf den Anspruch überhaupt die Vorschriften über den Pflichttheil für anwendbar erklärt sind. Aus dieser Anwendbarkeit ergiebt sich ohne Weiteres, daß auch der Anspruch gegen den Beschenkten der kurzen Verjährung unterstellt ist, obschon nach dem § 2016 der Beschenkte nur zur Herausgabe verpflichtet ist, und daß die kurze Verjährung nicht beginnt, bevor nicht der Pflichttheilsberechtigte von der Schenkung Kenntniß erlangt hat.

Einwenden läßt sich, es liege im Interesse des Verpflichteten, die Kenntniß des Berechtigten nicht als Erforderniß des Beginnes der kurzen Verjährung für den außerordentlichen Pflichttheil aufzustellen, — eine solche Verschärfung der Verjährung sei unbedenklich, da die Schenkung ein offenkundiger oder doch leicht zu ermittelnder Akt sei, während dies von der letztwilligen Verfügung, welche im Falle des § 1999 in Frage stehe, nicht in gleicher Weise gelte. Allein eine solche Verschärfung der Verjährung wäre nicht rathsam, wenngleich das geltende Recht zum Theil den Beginn der Verjährung in Ansehung pflichtwidriger Schenkungen anders als für den Pflichttheilsanspruch bestimmt, und insbesondere hier eine fünfjährige vom Tode des Erblassers laufende Frist kennt. So das gemeine Recht[1]), das bayr. L. R. III, 8 § 14 Nr. 4, das sächs. G. B. § 2616 („wenn kein letzter Wille oder kein Erbvertrag vorhanden ist"), der hess. Entw. IV, 2 Art. 125, u. A., während Mommsen (dessen Mot. S. 494)

[1]) Roth § 348 Anm. 41.

die Zeit der erlangten Kunde vom Tode des Erblassers maßgebend sein lassen will. Für das preuß. A. L. R. wird die Ansicht vertreten, die kurze Verjährung finde hier überhaupt nicht statt[1]). Für den Entwurf besteht kein Anlaß, das Recht durch eine derartige Entscheidung zu verwickeln. Auch von den Schenkungen erlangt der Pflichttheilsberechtigte nicht selten erst lange nach dem Erbfalle Kenntniß.

Wegfall mit dem Verzichte auf den Pflichttheil.

Die Verweisung auf die Grundsätze von dem regelmäßigen Pflichttheile macht es entbehrlich, noch besonders hervorzuheben, daß der Pflichttheilsberechtigte, welcher die ihm angefallene Erbschaft ausschlägt, den Anspruch auf den außerordentlichen Pflichttheil nur dann hat, wenn ihm der regelmäßige Pflichttheilsanspruch zusteht. Im Gegensatze dazu vorzuschreiben, daß der Pflichttheilsberechtigte, welcher außer den Fällen der §§ 1980—1982 eine ihm gemachte Zuwendung des Erblassers ausschlägt, damit im Zweifel nicht auf den außerordentlichen Pflichttheil verzichte, erscheint nicht angemessen, auch wenn in Verbindung damit bestimmt würde, der Ausschlagende habe sich alsdann Alles, was er ohne die Ausschlagung aus der Erbschaft erlangt haben würde, auf den außerordentlichen Pflichttheil abrechnen zu lassen. Denn es besteht kein Anlaß, für den Fall, daß mit der Ausschlagung der Erbschaft der Verlust des Pflichttheilsrechtes nach allgemeinen Grundsätzen verbunden ist, von diesem Verluste den außerordentlichen Pflichttheilsanspruch auszunehmen.

Entziehung des Pflichttheiles.

Ebenso macht die Verweisung entbehrlich, auszusprechen, daß der außerordentliche Pflichttheil in derselben Weise wie der regelmäßige Pflichttheil entzogen werden kann, und daß derjenige, welchem der Pflichttheil entzogen ist, auf den außerordentlichen Pflichttheil Anspruch nicht hat.

§ 2011.

3. Anspruch des Berechtigten im Falle der Einsetzung auf den Pflichttheilsbruchtheil.

Zu sorgen ist auch für den Fall, daß in Gemäßheit des § 1979 der Pflichttheilsanspruch deshalb ausgeschlossen ist, weil dem Pflichttheilsberechtigten die Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles, und zwar, wie aus dieser Vorschrift in Verbindung mit dem § 1981 erhellt, unbeschränkt und unbeschwert, hinterlassen ist. Auch in diesem Falle soll nach dem § 2011 dem Pflichttheilsberechtigten der Anspruch auf den außerordentlichen Pflichttheil zustehen. Der zweite Halbsatz fügt erläuternd bei, daß, wenn dem Pflichttheilsberechtigten mehr als diese Hälfte hinterlassen ist, der Anspruch insoweit ausgeschlossen ist, als der Geldwerth des mehr Hinterlassenen reicht.

Die Vorschrift ist erforderlich, weil aus der Behandlung des Anspruches auf den außerordentlichen Pflichttheil als Theil des Pflichttheilsanspruches in Ermangelung einer Vorschrift die Folgerung gezogen werden könnte, dem Pflichttheilsberechtigten stehe im Falle des § 1979 auch dieser Anspruch nicht zu, da er an sich in Folge genügender Befriedigung keinen Pflichttheilsanspruch habe.

---

[1]) Eccius § 248 Anm. 201; Dernburg § 212 Anm. 15.

§ 2012.

4. Schenkung an den Pflichttheilsberechtigten selbst.

In Betracht kommt weiter der Fall, daß dem Pflichttheilsberechtigten selbst eine Schenkung von dem Erblasser gemacht ist, welche nach dem § 1989 auf den Betrag des Pflichttheilsanspruches nicht abzurechnen ist. Eine Schenkung, welche nach den §§ 1989, 1990 zur Feststellung des (regelmäßigen) Pflichttheilsanspruches dem Nachlasse hinzugerechnet und dann auf diesen Anspruch abgerechnet wird, scheidet aus. Hierher gehört jedoch die einfache Schenkung, deren Anrechnung von dem Erblasser nicht bestimmt ist. Eine solche Schenkung kann an sich den außerordentlichen Pflichttheilsanspruch niemals begründen; sie ist deshalb auch im § 2009 ausgenommen (vergl. S. 457); sie wird aber von Belang, wenn der Erblasser zugleich einen Dritten beschenkt hat und der Pflichttheilsberechtigte wegen dieser Schenkung gegenüber dem Dritten einen Anspruch erhebt. Die auf diesen Fall sich beziehende Vorschrift des ersten Absatzes beruht auf Rücksichten der Billigkeit. Das dem Pflichttheilsberechtigten gemachte Geschenk muß von diesem ebenfalls herausgegeben oder dem Nachlasse hinzugerechnet und auf den außerordentlichen Pflichttheilsanspruch abgerechnet werden. Das Hinzurechnen zum Nachlasse hat so zu erfolgen, wie bei dem Geschenke an einen Dritten, also nach Maßgabe des § 2009 („wie wenn die Schenkung nicht erfolgt wäre"), nicht nach den Grundsätzen der §§ 1989, 1990. Die Hinzurechnung wird immer zu einem bestimmten Geldbetrage führen, um welchen der Nachlaß sich erhöht. Dieser Betrag wird auf den Betrag des außerordentlichen Pflichttheiles voll abgerechnet.

Noch weiter zu gehen und die Abrechnung der dem Pflichttheilsberechtigten gemachten Schenkung vorzuschreiben, ohne gleichzeitig die Schenkung bei der Feststellung des Pflichttheiles in den Nachlaß einrechnen zu lassen, würde zu hart gegenüber dem Pflichttheilsberechtigten sein und mit den Anforderungen der Billigkeit nicht im Einklange stehen.

Im Eingange hervorzuheben, daß nur eine Schenkung in Betracht kommt, welche nach den Vorschriften des § 1989 auf den Betrag des Pflichttheilsanspruches nicht abzurechnen ist, könnte deshalb entbehrlich erscheinen, weil im § 2009 nicht ausgesprochen ist, daß von den Schenkungen an Dritte diejenigen nicht zu berücksichtigen sind, welche schon nach dem § 1990 bei der Berechnung des Pflichttheiles an sich zur Anrechnung gelangen (vergl. S. 457). Allein die letzteren sind im § 2009 nur deshalb nicht erwähnt, weil es als selbstverständlich angesehen ist, daß solche Schenkungen außer Betracht bleiben. Hier handelt es sich hingegen um eine positive Vorschrift, welche, wie nach anderer, so auch nach dieser Seite hin, einer genauen Abgrenzung bedarf.

Mehrere Schenkungen.

Von selbst versteht sich, daß, wenn mehrere Schenkungen gemacht sind, diese insgesammt dem Nachlasse hinzuzurechnen sind. Dies auszusprechen, ist nicht erforderlich, und zwar um so weniger, als aus dem § 2015 zu entnehmen ist, daß der Entwurf hiervon ausgeht. Würde es ausgesprochen, so müßte auch ersichtlich gemacht werden, daß diejenigen Schenkungen nicht hinzuzurechnen seien, welche in Gemäßheit des § 2009, weil der betreffende Pflichttheilsberechtigte noch nicht geboren war oder als noch nicht geboren anzusehen ist oder doch zur Zeit der Schenkung weder pflichttheilsberechtigt war noch in

Folge des Wegfallens anderer Personen pflichttheilsberechtigt werden konnte, gegenüber dem außerordentlichen Pflichttheile unbeachtet blieben.

Wenn sich im geltenden Rechte ausdrückliche Vorschriften über die Anrechnung mehrerer Schenkungen finden (vergl. preuß. A. L. R. I, 11 § 1115; sächs. G. B. § 2612), so erklärt sich dies aus der den anderen Rechten zu Grunde liegenden, in mehrfacher Hinsicht abweichenden Auffassung.

Ausgleichungsbeträge anderer Abkömmlinge.

Für den Fall, daß der Pflichttheilsberechtigte ein Abkömmling des Erblassers ist, werden die Vorschriften des § 2161 und in Ansehung einer Schenkung an einen anderen Abkömmling, welcher den Erblasser nicht überlebt hat und den Pflichttheilsberechtigten von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen haben würde, die Vorschriften des § 2160 für entsprechend anwendbar erklärt (Abs. 2), im Anschlusse an den § 1990 Abs. 2 und aus denselben Gründen, auf welchen die letztere Vorschrift beruht, vergl. S. 414, 415.

§ 2013.

5. Haftung der Erben.

Von dem Grundsatze, daß für Befriedigung des Anspruches auf den außerordentlichen Pflichttheil derjenige, welcher in Folge einer letztwilligen Verfügung des Erblassers eine Zuwendung enthält, vor dem Beschenkten haften soll, muß die S. 455 bereits angedeutete Ausnahme dahin gemacht werden, daß jeder Erbe nur in Ansehung desjenigen ihm hinterlassenen Erbtheiles haftet, welchen er in Ermangelung einer Anordnung des Erblassers über die Erbfolge nicht erhalten haben würde, oder welchen er in Folge der den Pflichttheilsanspruch begründenden Ausschlagung der Erbschaft seitens eines Pflichttheilsberechtigten erhalten hat.

Der Grund der Vorschrift ist, daß die von dem Erblasser durch eine Verfügung von Todeswegen Bedachten nicht besser gestellt sein können als die von ihm bei Lebzeiten Beschenkten, daß vielmehr die ersteren als die zuletzt auf Kosten des Pflichttheilsberechtigten Begünstigten das Empfangene zunächst herauszugeben haben. Im Anschlusse hieran könnte gefolgert werden: An einer solchen Begünstigung auf Kosten des Pflichttheilsberechtigten fehle es dann nicht, wenn der Erblasser der Errichtung einer Verfügung von Todeswegen überhaupt sich enthalten habe, aber auch dann nicht, wenn der Erblasser zwar von Todeswegen verfügt, dabei aber dem Pflichttheilsberechtigten nur dasjenige belassen habe, was diesem als gesetzlicher Erbtheil ohne die Errichtung einer Verfügung zugekommen sein würde. Ein solcher Fall sei insbesondere auch dann gegeben, wenn der Erblasser über die Erbtheile, welche anderen gesetzlichen Erben zugefallen wären, zu Gunsten eines Fremden (extraneus) verfügt habe. In allen solchen Fällen liege daher eine Begünstigung des Bedachten auf Kosten des Pflichttheilsberechtigten nicht vor. Demgemäß schlage der leitende Gesichtspunkt nicht ein. Hiernach müsse der Erbe, durch dessen Einsetzung der Pflichttheilsberechtigte nicht benachtheiligt sei, haftfrei sein. Mithin sei zu bestimmen, die Erben hafteten für den außerordentlichen Pflichttheilsanspruch überhaupt nicht, wenn der Pflichttheilsberechtigte Erbe zu seinem gesetzlichen Erbtheile geworden sei; sie hafteten aber auch dann, wenn der Pflichttheilsberechtigte von der gesetzlichen Erbfolge aus-

geschlossen oder nur zur Hälfte seines gesetzlichen Erbtheiles oder zu einem geringeren Antheile Erbe geworden sei, lediglich bis zum Werthe der Hälfte des gesetzlichen Erbtheiles des Pflichttheilsberechtigten, und, wenn derselbe weniger als seinen gesetzlichen Erbtheil, aber mehr als die Hälfte desselben erhalten habe, lediglich bis zum Werthe desjenigen Theiles, um welchen der dem Pflichttheilsberechtigten hinterlassene Erbtheil hinter dessen gesetzlichem Erbtheile zurückbleibe; soweit hiernach die Erben nicht hafteten, stehe dem Pflichttheilsberechtigten der Anspruch gegen den oder die Beschenkten zu.

Diese Folgerungen sind als begründet nicht anerkannt. Aus den als zutreffend anerkannten Vordersätzen wird vielmehr Folgendes abgeleitet: Der Beschenkte muß in allen Fällen vor dem Angriffe des Pflichttheilsberechtigten gesichert sein, in welchen der Erblasser überhaupt durch eine Verfügung von Todeswegen einer Person etwas zugewendet hat, was dieser nach dem Gesetze nicht zugekommen sein würde, mithin dann, wenn der Erblasser einen Fremden (extraneus) zum Erben eingesetzt hat, oder wenn er einem gesetzlichen Erben mehr zugewendet hat, als der gesetzliche Erbtheil, wie derselbe in Ermangelung jeder Verfügung von Todeswegen sich gestaltet hätte, betragen würde. Damit wird zugleich die immerhin noch mögliche Auffassung abgelehnt, der gesetzliche Erbe sei nur so weit von der Haftung für den außerordentlichen Pflichttheil zu befreien, daß ihm der ihm gebührende (regelmäßige) Pflichttheil verbleibe. Selbstverständlich tritt die Entlastung des Beschenkten nur insoweit ein, als die letztwillige Zuwendung der bezeichneten Art reicht. Der Entwurf kann jedoch hier nicht von dem gesetzlichen Erbtheile reden, da alsdann der § 1972 für die Entscheidung, wie hoch der gesetzliche Erbtheil sich beläuft, maßgebend sein würde, die Anwendung dieser Vorschrift aber zu einem Ergebnisse führen würde, welches dem zu Grunde liegenden Gedanken nicht entspricht. Der Gedanke ist der, daß die Erben für den außerordentlichen Pflichttheil nur insoweit zu haften haben, wenn und soweit sie in Folge einer Verfügung des Erblassers von Todeswegen ein Mehreres erhalten haben, als ihnen nach dem Gesetze in Ermangelung einer solchen Verfügung zugefallen sein würde. Hieraus ergiebt sich, daß, wenn der Erblasser einen der gesetzlichen Erben ausgeschlossen und in Folge dessen mittelbar oder auch ausdrücklich die Erbtheile der anderen gesetzlichen Erben erhöht hat, diejenigen, welche Erben bleiben, dem durch die Schenkung beeinträchtigten Pflichttheilsberechtigten mit dem Betrage zu haften haben, um welchen ihre Erbtheile durch die Ausschließung des einen Erben erhöht sind, mag der letztere von dem Erblasser mit Recht oder mit Unrecht ausgeschlossen sein.

Zwar könnte auch vorgeschrieben werden, die Erben hätten dann nicht zu haften, wenn ein anderer gesetzlicher Erbe als derjenige, welcher den außerordentlichen Pflichttheil verlangt, rechtmäßig ausgeschlossen sei. Allein für eine solche Vorschrift fehlt es an zureichenden Gründen.

Ausschlagung.

Schlägt einer der gesetzlichen Erben aus, so kommt es darauf an, ob die Ausschlagung seitens eines Pflichttheilsberechtigten deshalb erfolgt, weil er beschwert oder beschränkt ist unter Wahrung des Pflichttheilsanspruches auf Grund der §§ 1980—1982, oder ob die Ausschlagung ohne einen solchen Anlaß erfolgt. Im ersteren Falle hat der Erblasser durch seine Verfügung von

Todeswegen die Erbfolge nicht unmittelbar geändert, indessen hat doch seine Verfügung dazu geführt, daß der Pflichttheilsberechtigte ausgeschlagen hat. Die Verfügung hat also mittelbar bewirkt, daß die Erben, welchen die Ausschlagung zu statten kommt, ein Mehreres erhalten haben, als ihnen ohne die Verfügung zugekommen wäre. Die Erben müssen deshalb, unbeschadet ihrer Rechte aus dem § 1993, mit dem, was sie mehr erhalten haben, für den außerordentlichen Pflichttheil einstehen. Erfolgte hingegen die Ausschlagung, ohne daß einer der durch die §§ 1980—1982 geregelten Fälle vorliegt, so können die Erben, welchen diese Ausschlagung zu statten kommt, mit demjenigen, was sie in Folge der Ausschlagung mehr erhalten, für den außerordentlichen Pflichttheil nicht haften. Die Aenderung in der gesetzlichen Erbfolge hat sich ohne jedes Zuthun des Erblassers vollzogen. Der maßgebende Gesichtspunkt, daß die Erben mit demjenigen zu haften haben, was sie durch Verfügung des Erblassers, also durch dessen Freigebigkeit, erhielten, trifft hier nicht zu.

Unwürdigkeit.

Das Gleiche gilt in Ansehung desjenigen, was den Erben in Folge davon zugekommen ist, daß ein Erbe für erbunwürdig erklärt ist. In diesem Falle ist eine Haftung mit dem ihnen dadurch Zugekommenen deshalb ausgeschlossen, weil sie nichts durch eine Verfügung des Erblassers erhalten. Anders steht es hingegen mit demjenigen, was sie in Folge eines Erbverzichtvertrages mehr erhalten, da der Entwurf den Erbverzichtvertrag, wie zum § 2019 darzulegen sein wird, in gewisser Hinsicht als eine Verfügung des Erblassers behandelt. Mit demjenigen Theile der Erbschaft, welcher einem anderen Erben in Folge des durch Erbverzichtvertrag herbeigeführten Verzichtes eines Erben zufällt, muß dieser andere Erbe also dem durch eine Schenkung des Erblassers benachtheiligten Pflichttheilsberechtigten für den außerordentlichen Pflichttheil haften.

Erbverzicht.

Hat der Erblasser durch eine Verfügung von Todeswegen überhaupt erst bewirkt, daß Personen, welche an sich nicht zu den im vorliegenden Falle berufenen gesetzlichen Erben gehören, in den Kreis der gesetzlichen Erben eintreten (z. B. der Erblasser hat das einzige Kind, welches außer dem in Rede stehenden Pflichttheilsberechtigten noch in Betracht kommt, von der Erbfolge ausgeschlossen und ihm aus einem zutreffenden Grunde den Pflichttheil entzogen und es gelangen nunmehr in Gemäßheit des § 1967 die Eltern oder andere Verwandte zur gesetzlichen Erbfolge), so dürfen diese von der Haftung für den außerordentlichen Pflichttheil nicht frei sein; sie haben vielmehr mit ihrem ganzen Erbtheile für diesen Pflichttheil einzustehen. Denn die bezeichneten Personen hätten ohne das Eingreifen des Erblassers nichts erhalten.

Der Entwurf bringt diese Gedanken zum Ausdrucke durch die gewählte Fassung „nur in Ansehung desjenigen ihm hinterlassenen Erbtheiles verpflichtet, welchen er in Ermangelung einer Anordnung des Erblassers über die Erbfolge nicht erhalten haben würde, oder in Folge der den Pflichttheilsanspruch begründenden Ausschlagung der Erbschaft von Seiten eines Pflichttheilsberechtigten erhalten hat". Der letzte Theil der Vorschrift trifft insbesondere auch den Fall, daß der eingesetzte, mit einem Vermächtnisse oder einer Auflage beschwerte oder sonst beschränkte Pflichttheilsberechtigte ausschlägt, um den Pflichttheil zu fordern. In diesem Falle erhöhen sich nach dem § 1972 die Erbtheile der anderen Erben. Mit dem dadurch Mehrerhaltenen haften die

Erben für den außerordentlichen Pflichttheil, weil eine Anordnung des Erblassers die Ausschlagung mittelbar hervorgerufen hat.

Haftung mehrerer Erben.

Schließlich wird bestimmt, wie hiernach die Haftung mehrerer Erben sich gestaltet, nämlich, daß sie nach Verhältniß der Erbtheile haften, in Ansehung deren sie verpflichtet sind (Satz 2).

Ablehnung weiterer Vorschriften.

Eine besondere Vorschrift für den Fall, daß der Pflichttheilsberechtigte, gegen welchen der außerordentliche Pflichttheil geltend gemacht wird, selbst mit demjenigen, was ihm über seinen gesetzlichen Erbtheil hinaus zugewendet ist, noch nicht dasjenige erhalten hat, was ihm als Pflichttheil, einschließlich des auf die Schenkung entfallenden Betrages, gebührt, ist nicht erforderlich. Eine solche Vorschrift könnte etwa dahin gegeben werden, daß der in Anspruch Genommene jedenfalls dasjenige behalten müsse, was er selbst verlangen könne, und daß demgemäß von ihm die Vollziehung der ihm auferlegten Vermächtnisse und Auflagen verweigert werden könne; es würde dann zugleich zu bestimmen sein, daß oder wie nunmehr die übrigen Erben haften. Die Seltenheit des bezeichneten Falles läßt es nicht gerechtfertigt erscheinen, von den aus den allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Folgen abzuweichen, zumal die für diesen Fall erforderlichen Vorschriften sehr verwickelter Natur sein würden.

Angeordnete Vermächtnisse oder Auflagen.

Zu erwähnen ist noch der Fall, daß der Erblasser Vermächtnisse oder Auflagen angeordnet hat. Besondere Vorschriften für diesen Fall sind indessen nicht geboten. Ist ein als Erbe eingesetzter Fremder (extraneus) mit Vermächtnissen belastet, so haftet er dennoch dem Pflichttheilsberechtigten, unbeschadet des ihm nach dem § 1993 gegenüber den Vermächtnißnehmern zustehenden Kürzungsrechtes. Das Gleiche gilt, wenn der Belastete ein in der vorbezeichneten Weise eingesetzter gesetzlicher Erbe ist; nur ist bei Vornahme der Kürzung auf seiner Seite lediglich der Betrag in Rechnung zu stellen, um welchen die Erbschaft seinen gesetzlichen Erbtheil übersteigt.

Belastung des einzigen Erben mit Vermächtnissen.

Des Zusammenhanges wegen soll hier auch zugleich der erst im § 2014 geregelte Fall mit in Betracht gezogen werden, daß der Erblasser den zum alleinigen Erben eingesetzten oder als einzigen gesetzlichen Erben hinterlassenen Pflichttheilsberechtigten mit Vermächtnissen belastet hat. In diesem Falle steht der Pflichttheilsberechtigte vor der Wahl, die Erbschaft auszuschlagen oder anzunehmen. Schlägt er aus, so ist er in der Geltendmachung des Pflichttheilsanspruches, einschließlich der Erhöhung durch den außerordentlichen Pflichttheil, unbeschränkt. Nimmt er an, so hat er nach dem § 1981 sich die Erbschaft auf den Pflichttheil so anrechnen zu lassen, als sei die Belastung mit Vermächtnissen nicht vorhanden; er kann in Folge dessen gegen den Beschenkten nur dann und nur insoweit vorgehen, als — auch abgesehen von den Vermächtnissen — für ihn eine Benachtheiligung eingetreten ist.

Hat der Erblasser Auflagen angeordnet, so findet eine entsprechende Beurtheilung statt.

§ 2014.

Haftung des Beschenkten.

Der § 2014 bringt den S. 456 erörterten Grundsatz des Entwurfes in Ansehung der Haftung des Beschenkten dahin zum Ausdrucke, daß der Beschenkte dem Pflichttheilsberechtigten wegen dessen Anspruches auf den außer-

ordentlichen Pflichttheil verpflichtet ist, sofern der Erbe für die Befriedigung des Anspruches nicht haftet.

Der Beschenkte haftet auch dann, wenn der Erbe in Folge des ihm zustehenden Inventarrechtes nicht haftet, also, wenn der Nachlaß zur Befriedigung des Pflichttheilsberechtigten nicht hinreicht. Auch dies kann aus den Grundsätzen des Entwurfes gefolgert werden, verdient aber der Deutlichkeit wegen besonders hervorgehoben zu werden.

Daß der Beschenkte dann für den außerordentlichen Pflichttheil haftet, wenn der Pflichttheilsberechtigte der einzige gesetzliche Erbe oder eingesetzte Erbe ist und Erbe wird, kann selbstverständlich erscheinen, muß aber wegen des im § 2009 aufgestellten Grundsatzes ausgesprochen werden.

Ueber die Beschwerung des einzigen Erben mit Vermächtnissen und Auflagen vergl. zum § 2013 S. 466.

§ 2015.

Haftung mehrerer zu verschiedener Zeit Beschenkter.

Die Vorschriften, daß der später Beschenkte vor dem früher Beschenkten haftet, und daß der später Beschenkte nur insoweit haftet, als der früher Beschenkte nicht verpflichtet ist, sind nur ein Ausfluß der dargelegten Grundsätze des Entwurfes. Wie der eingesetzte Erbe als der später Begünstigte dem Beschenkten in der Haftung vorgeht, so geht auch der später Beschenkte dem früher Beschenkten vor. Hinzutritt, daß dem Erblasser nicht wohl die Möglichkeit eröffnet werden kann, eine von ihm gemachte Schenkung dadurch der Entkräftung auszusetzen, daß er eine weitere Schenkung macht.

Daß der früher Beschenkte nur insoweit haftet, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist, rechtfertigt sich dadurch, daß dem früher Beschenkten eine Haftung für die Leistungsunfähigkeit (Insolvenz) des später Beschenkten nicht wohl auferlegt werden kann, während nach den Grundsätzen, auf welchen der § 2009 beruht, die Haftung des später Beschenkten nur in dem Umfange in Betracht kommen kann, in welchem sie ihm durch den § 2009 auferlegt ist. Soweit also die spätere Schenkung wegen des Wegfalles der Bereicherung seitens des Beschenkten nach Maßgabe des § 2009 nicht mitberechnet wird und soweit in Folge dessen seine Verbindlichkeit nicht hinreicht, um die Benachtheiligung des Pflichttheilsberechtigten zu heben, muß der früher Beschenkte haftbar sein. Für die Ermittelung des außerordentlichen Pflichttheiles wird nach dem § 2009 jede Schenkung so angesehen, als sei sie nicht erfolgt; der Pflichttheilsberechtigte kann sich also an jeden Beschenkten halten, soweit dieser nicht durch die Haftung des später Beschenkten entlastet wird. Mittelbar bringt die Vorschrift zugleich zum Ausdrucke, daß mehrere Schenkungen insgesammt zuzurechnen sind (vergl. S. 462).

§ 2016.

Herausgabepflicht.

Daß der Entwurf die Verpflichtung des Beschenkten als eine Herausgabeverpflichtung ansieht (vergl. S. 456), wird im § 2016 zum Ausdrucke gebracht. Die Worte „zum Zwecke der Befriedigung" sind im Anschlusse an

den § 1 des Ges. v. 21. Juli 1879 über die Anfechtung von Rechtshandlungen gewählt. Demgemäß sind die Vorschriften entsprechend anzuwenden, welche in den §§ 745 ff. der C. P. O. für den Fall der Pfändung von Ansprüchen auf Herausgabe körperlicher Sachen behufs der Befriedigung des Gläubigers gegeben sind.

Besitz und Inhabung.

Die Rückforderung muß auch dann stattfinden, wenn dem Beschenkten nur der Besitz oder die Inhabung eingeräumt war (§ 737 Abs. 3). Demgemäß erklärt der zweite Absatz auf die Verpflichtung des Beschenkten zur Herausgabe die Vorschriften des § 737 Abs. 3 für entsprechend anwendbar. In Ansehung desjenigen, was von dem Beschenkten zu leisten ist, wenn die Beschaffenheit des Geleisteten die Herausgabe ausschließt oder wenn der Beschenkte bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Anspruches das Geleistete herauszugeben außer Stande ist, wird der § 739, in Ansehung des aus dem Geleisteten Erworbenen, der Herausgabe oder Vergütung der Nutzungen, sowie der Vergütung von Verwendungen seitens des Beschenkten der § 740 für entsprechend anwendbar erklärt. Der außerdem für anwendbar erklärte § 741 Abs. 2 betrifft die Erweiterung der Verpflichtungen des Bereicherten von dem Zeitpunkte der Kenntniß an, daß die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung geleistet wurde, nicht bestand. Die letztere Vorschrift wird für anwendbar erklärt unter ausdrücklicher Bezeichnung des Zeitpunktes, von welchem an auf Seiten des Beschenkten böser Glaube anzunehmen ist.

Soweit im geltenden Rechte derartige Vorschriften sich finden, stimmen sie damit im Wesentlichen überein[1]).

§ 2017.

6. Schenkungen aus dem Gesammtgute.

Im Zusammenhange mit den §§ 1991, 2162 ist in Ansehung des außerordentlichen Pflichttheiles für den Fall einer Schenkung aus dem Gesammtgute im § 2017 bestimmt. Ist eine derartige Schenkung an eine Person gemacht, welche nicht zu den Abkömmlingen gehört, auch nicht ein Elterntheil oder ein Vorelterntheil ist, so ist der Zweifel möglich, ob, falls der Ehemann mit Zustimmung der Ehefrau geschenkt hat, diese Zustimmung nur die Bedeutung habe, daß die Schenkung gültig sein solle, oder die Bedeutung, daß die Ehefrau auch ihrerseits schenke. Der Zweifel wird dahin gelöst, daß anzunehmen sei, jeder der Ehegatten habe zur Hälfte geschenkt.

Möglich wäre es, weiter zu unterscheiden, je nachdem der Beschenkte mit beiden Ehegatten gar nicht oder in gleichem Grade verwandt ist und, wenn der Beschenkte nur mit einem Ehegatten oder mit diesem in näherem Grade verwandt ist, je nachdem die Vorschriften des § 2162 über die Zuwendung an einen gemeinschaftlichen oder einen einseitigen Abkömmling für anwendbar zu erklären. Allein solche Unterscheidungen führen zur Kasuistik und werden daher besser vermieden.

[1]) Preuß. A. L. R. I, 11 § 1165; sächs. G. B. § 2607 mit §§ 1062, 1534 ff.; österr. G. B. § 952; hess. Entw. IV, 2 Art. 127; Mommsen § 514 Abs. 2 (dessen Mot. S. 490).

§ 2018.

7. Ausnahme für gewisse Schenkungen.

Daß Schenkungen, welche durch eine sittliche Pflicht oder die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gerechtfertigt werden, außer Betracht zu bleiben haben, ist bereits S. 450 und S. 453 erwähnt. Wie anderen Ortes (vergl. § 1353 Abs. 3, §§ 1661, 1839, 1952 Abs. 3), so ist auch hier dem Umstande Rechnung zu tragen, daß derartige Schenkungen sich nicht sowohl als reine Freigebigkeitsakte, sondern als die Erfüllung einer Art natürlicher Verbindlichkeit darstellen.

Eine gleiche Ausnahme mit dem preuß. A. L. R. Anh. § 28 zu I, 11 § 1113 und dem bayr. Entw. v. 1861 Art. 107 für belohnende Schenkungen zu machen[1]) oder für belohnende Schenkungen und solche Schenkungen, bei welchen zum Vortheile des Erblassers eine Bedingung gemacht wurde[2]), oder mit Mommsen § 513 (dessen Mot. S. 490) „wenn Umstände nachgewiesen werden, aus denen sich ergiebt, daß die Schenkung einen anderen Beweggrund gehabt hat, sofern dieser Grund die Schenkung auch ihrem Umfange nach als gerechtfertigt erscheinen läßt", besteht für den Entwurf kein Anlaß. Soweit der § 2018 diese Fälle nicht deckt, besteht kein Bedürfniß, zumal der Entwurf auch sonst die belohnenden Schenkungen nicht weiter berücksichtigt (vergl. Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 289, 303).

Zuwendung zur Verheirathung u. s. w.

Eine Ausnahme ist nicht bestimmt für den Fall, daß der Pflichttheilsberechtigte ein Elterntheil ist und Schenkungen oder Zuwendungen der im § 2158 bezeichneten Art gemacht sind. Ein solcher Fall würde insbesondere vorliegen, wenn Abkömmlinge vor dem Erblasser mit Hinterlassung von anderen Erben als Abkömmlingen oder mit Hinterlassung des Erblassers selbst als Erben gestorben sind, oder wenn in Folge Ausschlagung der Erbschaft seitens aller Abkömmlinge, in Folge gerechtfertigter Pflichttheilsentziehung gegenüber allen Abkömmlingen u. s. w. die Eltern als Pflichttheilsberechtigte eintreten. Sollte eine solche Vorschrift aufgenommen werden, so müßte sie weiter gehen, und alle Fälle treffen, in welchen ein Pflichttheilsberechtigter wegfällt, in Folge des Wegfallens aber ein anderer Pflichttheilsberechtigter an die Reihe kommt. Alsdann erhebt sich aber die Frage, ob es nicht richtiger wäre, zu bestimmen, daß der spätere, die Stelle des weggefallenen Pflichttheilsberechtigten einnehmende Pflichttheilsberechtigte die dem letzteren gemachten Schenkungen sich anrechnen lassen müsse. Jedenfalls ist es nicht rathsam, für so seltene Fälle von geringer praktischer Bedeutung mit positiven Vorschriften einzugreifen. Vielmehr verdient es den Vorzug, bei den Folgen der allgemeinen Grundsätze es bewenden zu lassen. Auch die Frage, ob und inwieweit der spätere Pflichttheilsberechtigte die Schenkungen an den weggefallenen Pflichttheilsberechtigten sich abrechnen lassen muß, bleibt, soweit sie nicht im § 2012 Abs. 2 entschieden ist, eine offene.

---

[1]) Vergl. Dernburg § 212 Anm. 10.

[2]) Eccius § 248 Anm. 195.

Fünfter Abschnitt.

Erbverzicht.

§§ 2019—2024.

Stellung.

Der Erbverzicht ist in einem besonderen Abschnitte behandelt. In den Abschnitt „Verfügung von Todeswegen durch Vertrag" können die Vorschriften nicht aufgenommen werden, weil nach dem Entwurfe in Folge des Erbverzichtes die Delation wegfällt, sodaß der Abschnitt auch für die gesetzliche Erbfolge eine besondere Bedeutung hat und nicht vor dieser seine Stelle finden kann. Aber auch in den Abschnitt „gesetzliche Erbfolge" gehören die Vorschriften deshalb nicht, weil nach dem § 2024 der Erbverzicht in Ansehung der in einem Erbeinsetzungsvertrage erfolgten vertragsmäßigen Erbeinsetzung und der bindenden Zuwendung eines Vermächtnisses in einem solchen Vertrage zugelassen ist.

Geltendes Recht.

Das röm. Recht kennt bekanntlich den Verzicht auf das Erbrecht gegenüber einer noch lebenden Person nicht[1]); das franz. Recht (code civil Art. 791, 1130, 1189, vergl. Art. 1600) verwirft alle Verträge über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten und damit zugleich den Erbverzichtvertrag (Entsch. d. R. G. Bd. 15 S. 325)[2]). Das gemeine Recht kennt den Erbverzicht durch Vertrag; die neuere Gesetzgebung hat ihn durchweg anerkannt[3]). Das preuß. A. L. R. II, 2 §§ 481—488, vergl. I, 12 §§ 649—656, handelt von diesem Vertrage nur, soweit er mit Abkömmlingen geschlossen wird; die Praxis läßt jedoch den Vertrag unbeschränkt zu[4]).

Entwurf.

Der Entwurf hat den Vertrag aufgenommen, obschon das Institut für ihn um so eher entbehrlich erscheinen kann, als nach dem § 1755 Abs. 2 eine

---

[1]) Windscheid § 585 Anm. 1; Roth § 360 Anm. 2.

[2]) Stobbe § 313, insbesondere bei Anm. 23.

[3]) Stobbe § 314; bayr. L. R. III, 11 §§ 2—9; württemb. Recht bei Stein, Zus.; Roth § 360 Anm. 6; für schlesw. holst. Recht Paulsen §§ 207, 233 Anm. 5, Esmarch § 32 S. 153; braunschw. Recht bei Steinacker § 290; österr. G. B. § 551; hamb. Recht bei Baumeister II S. 366; württemb. Entw. von 1840 Art. 4, 43, 45 Abs. 1; Mommsen §§ 209—213.

[4]) Entsch. d. Ob. Trib. Bd. 20 S. 143, Eccius § 265 S. 464, 465, Dernburg § 180 Anm. 7, 8.

bestimmte Person von der Erbfolge durch letztwillige Verfügung ohne Einsetzung eines Erben ausgeschlossen werden kann und sich aufstellen läßt, nur derjenige Vertrag sei noch zu regeln, durch welchen das Pflichttheilsrecht ausgeschlossen wird. Allein der Erbverzicht ist dem deutschen Rechtsleben geläufig, in Gewohnheit und Sitte so tief eingewurzelt, wie das geltende Recht bestätigt, daß er nicht wohl lediglich deshalb beseitigt werden kann, weil der dadurch erstrebte Zweck auch auf andere Weise sich erreichen läßt. Die Anerkennung des Institutes bietet ferner praktische Vortheile, unter anderen den, daß der Ausschluß eines Pflichttheilsberechtigten von dem Pflichttheilsrechte und der gesetzlichen Erbfolge in einem Rechtsgeschäfte erfolgen kann, während ohne die Anerkennung zwei Geschäfte erforderlich sein würden.

Der Erbverzicht ist nach dem Entwurfe eine die Delation unmittelbar ändernde Verfügung. Der Vertrag hat nicht lediglich obligatorische Wirkung, sondern einen erbrechtlichen Karakter. Dies ist die neuere Auffassung im gemeinen Rechte[1]) und die Auffassung der neueren Rechte (vergl. z. B. bayr. L. R. III, 11 § 3 Nr. 1, 5; österr. G. B. §§ 538, 551; u. A.). Der Erbverzicht ist somit nicht ein Rechtsgeschäft, welches sich als Schenkung oder Vergleich behandeln läßt. Durch den Vertrag wird mehr bezielt, als eine obligatorische Bindung, das Erbrecht nicht geltend machen zu wollen.

Vertrag.

Der Erbverzicht ist ferner nur zugelassen in der Form eines Vertrages. Hiermit stimmen überein die herrschende Ansicht im gemeinen Rechte[2]), das preuß. A. L. R., das österr. G. B., das sächs. G. B. § 2560, Mommsen § 209, u. A. Diese Auffassung entspricht dem § 342.

Daß der Vertrag nicht zwischen dem Verzichtenden und dritten Personen vor dem Tode des Erblassers geschlossen werden kann, ergiebt der § 349. Das geltende Recht nimmt in dieser Beziehung nicht selten einen abweichenden Standpunkt ein[3]) (vergl. Motive zum Rechte der Schuldverh. § 349 S. 182 ff.). Der Entwurf läßt demgemäß den Vertrag nur zwischen dem Erblasser und dem Verzichtenden zu.

Aenderung der Erbfolge durch den Erblasser.

In der Behandlung des Erbverzichtes wird insofern von den meisten geltenden Rechten abgewichen, als nach dem Entwurfe der Verzichtende nicht der im Vordergrunde stehende Theil ist. Der Kern des Erbverzichtes wird vielmehr darin gefunden, daß der Erblasser, unter Zustimmung des Verzichtenden, eine Aenderung der gesetzlichen Erbfolge herbeiführt. Die erbrechtliche Wirkung des Vertrages liegt hiernach mehr in dem Willen und in der Verfügung des Erblassers als in der Erklärung des Verzichtenden, wenn auch äußerlich der Verzichtende vielleicht in gleicher Weise, wenn nicht noch mehr, hervortritt als der Erblasser.

Diese Auffassungen haben zum Theil nur mittelbar ihren Ausdruck gefunden in den Vorschriften der §§ 2019—2024.

---

[1]) Stobbe § 314 Anm. 9; Roth § 360 Anm. 7—10; Unger § 30 Anm. 10.

[2]) Vergl. Stobbe § 314.

[3]) Stobbe § 314 S. 309; Roth § 360 Anm. 8; Eccius § 265 S. 565—568; Dernburg § 181 bei Anm. 16 ff.; württemb. L. R. II, 31 §§ 1, 2; württemb. Entw. Art. 45 Abs. 2, 46; u. A.

§ 2019.

Zulässigkeit und Wirkung des Vertrages.

Ein Theil der S. 470, 471 hervorgehobenen Grundsätze gelangt zum Ausdrucke durch die Vorschrift, daß durch einen zwischen dem Erblasser und einem Verwandten oder dem Ehegatten des Erblassers zu schließenden Vertrag der Verwandte oder der Ehegatte von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen werden kann (Abs. 1). Die an den § 1755 Abs. 2 sich anlehnende Fassung läßt insbesondere erkennen, daß der Erblasser durch den Vertrag mit Zustimmung des Verzichtenden die gesetzliche Erbfolge ändert, daß ein Vertrag erforderlich ist und daß der Vertrag nur mit dem Erblasser geschlossen werden kann. Als der andere Vertragschließende werden ein Verwandter oder der Ehegatte bezeichnet. Der als gesetzlicher Erbe an letzter Stelle stehende Fiskus (§ 1974) kann also wie eine Erbschaft nicht ausschlagen, so auch nicht durch Vertrag auf eine Erbschaft verzichten.

Aus dieser Vorschrift in Verbindung mit dem § 2020 erhellt ferner, daß der Erbverzichtvertrag zwischen dem Erblasser und dem gesetzlichen Erben, welcher kein Pflichttheilsrecht hat, ohne Bedeutung ist; der Erblasser kann den durch einen solchen Vertrag erzielbaren Zweck durch einseitiges Rechtsgeschäft von gleicher Form erreichen. Ausgeschlossen ist deshalb ein solcher Vertrag nicht.

Einbeziehung des Pflichttheilsrechtes.

Die Vorschrift, daß, wer durch Erbverzicht von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, auch kein Pflichttheilsrecht hat (Abs. 2), beruht auf dem Gedanken, daß, da der Erblasser das gesetzliche Erbrecht schon einseitig entziehen kann, für ihn der Erbverzicht in der Regel materielle Bedeutung nur hat, wenn der Verzichtende zugleich das als Ausfluß des gesetzlichen Erbrechtes sich darstellende Pflichttheilsrecht aufgeben will. Daß das Gegentheil im Vertrage bestimmt werden kann, versteht sich von selbst. Wie aber ein solcher Vertrag zu beurtheilen ist, in welchem ausdrücklich nur auf das gesetzliche Erbrecht, nicht auf das Pflichttheilsrecht verzichtet ist[1]), kann dahingestellt bleiben. Es genügt, daß auch ein solcher Vertrag nicht ausgeschlossen ist.

Beschränkung auf die Ausschließung des Pflichttheilsrechtes.

Indem gestattet wird, den Vertrag auf die Ausschließung des Pflichttheilsrechtes zu beschränken (Abs. 3), wird ersichtlich, daß der letztere Vertrag den gleichen Rechtsnormen unterworfen ist wie der Vertrag über das Erbrecht. Der Verzicht auf das Pflichttheilsrecht ist, nach der Auffassung des Entwurfes von dem Pflichttheile (§§ 1975, 1976), an sich ein Verzicht auf einen Geldanspruch. Mit Rücksicht auf seine Quelle und seine erbrechtliche Bedeutung ist es jedoch erforderlich, auch diesen Vertrag den gleichen Rechtsnormen wie den Vertrag über das gesetzliche Erbrecht zu unterwerfen.

Der Zweifel kann aufgeworfen werden, ob ein Bedürfniß bestehe, beide Verträge zu unterscheiden. Allein es kann sehr wohl ein Anlaß vorliegen, den Vertrag über das Pflichttheilsrecht allein zu schließen, obschon der Verzicht auf den Pflichttheil allein die Delation nicht ändert. Im Leben kommt es nicht selten vor, daß nur auf das Pflichttheilsrecht verzichtet wird, ohne daß dabei

---

[1]) Beseler, Erbv. II, 2 S. 246, 247; Unger § 79 Anm. 7; Roth § 360 Anm. 40; württemb. Entw. Art. 47, 51.

an ein Aufgeben des gesetzlichen Erbrechtes gedacht wird. In einem solchen Falle wird nur bezweckt, dem Erblasser die Freiheit der unbeschränkten Verfügung über seinen Nachlaß zu verschaffen[1]). Macht der Erblasser demnächst von dieser Freiheit keinen Gebrauch, so soll es auch nach dem Willen der Betheiligten bei demjenigen bewenden, was sich aus dem Gesetze ergiebt.

Ablehnung weiterer Dispositivvorschriften.

Weitere Dispositivnormen über die Bedeutung des Erbverzichtes sind nicht aufgenommen. Für das geltende Recht wird die Ansicht vertreten, der Erbverzicht habe auch den Verlust der letztwilligen Zuwendung zur Folge[2]). Auch darüber bestehen Meinungsverschiedenheiten, ob der Verzicht alle Ansprüche aus der gesetzlichen Erbfolge oder nur das dem Verzichtenden zur Zeit des Vertragsschlusses unmittelbar zustehende gesetzliche Erbrecht ergreife[3]). Als Thatfrage muß es der Beurtheilung des einzelnen Falles überlassen bleiben, wie weit der Erbverzicht reicht, soweit nicht der § 2022 in Betracht kommt.

§ 2020.

Errichtung und Aufhebung. Errichtung. Geltendes Recht.

In Ansehung der Errichtung eines Erbverzichtvertrages fehlt es im gemeinen Rechte an Formvorschriften. Deshalb wird die Ansicht vertreten, es bedürfe keiner Form[4]). Das preuß. A. L. R. II, 2 § 484 unterwirft die Verträge der Kinder mit ihren Eltern insofern einer Form, als Errichtung vor dem ordentlichen Gerichte der ersteren vorgeschrieben wird, in Ansehung anderer Verträge bestehen Meinungsverschiedenheiten und insbesondere wird gestritten, ob die Formen des Erbvertrages erforderlich sind[5]). Das sächs. G. B. § 2560 verweist auf die Vorschriften über Verträge und bestimmt ausdrücklich, daß die Formen des Erbvertrages nicht erforderlich sind. Mommsen § 211 (dessen Mot. S. 275, 276) verlangt schriftliche Form unter Ablehnung der Formen des Erbvertrages, fügt aber eine Modifikation bei für den Verzicht der Ehefrau auf das gesetzliche Erbrecht. Das österr. G. B. § 551 erfordert keine besondere Form[6]). Nach dem in Bayern geltenden Rechte bedarf es gegenwärtig notarieller Form[7]).

Der Entwurf erachtet nicht nur für geboten, den Erbverzichtvertrag an eine Form zu binden, sondern hält es auch für innerlich gerechtfertigt und zweckmäßig, als diese Form, entsprechend den Vorschriften der §§ 1943, 1944, die besonders

[1]) Vergl. Eccius § 265 Anm. 1.

[2]) Beseler, Erbv. II, 2 S. 248; preuß. A. L. R. I, 12 § 652 (bezieht sich nur auf den Vertrag unter Miterben), Eccius § 265 Anm. 9, Dernburg § 181 Anm. 2; Roth § 360 Anm. 43; württemb. Entw. Art. 4; — dagegen für das sächs. Recht W. f. R. 1873 S. 269, Ann. N. F. 7 S. 185.

[3]) Vergl. Dernburg § 181 Anm. 3; Mommsen § 213 Abs. 2 (dessen Mot. S. 278).

[4]) Vergl. Stobbe § 314 Anm. 13, 14; Dernburg § 181 Anm. 10; Roth § 360 Anm. 23 ff.

[5]) Dagegen Entsch. d. Ob. Trib. Bd. 20 S. 153, Dernburg § 181 Anm. 13—15, Eccius § 265 S. 564.

[6]) Unger § 30 Anm. 6.

[7]) Roth § 360 Anm. 29.

geartete Form der letztwilligen Verfügung zu wählen (Abs. 1). Den Vorzug verdient es, alle Verfügungen von Todeswegen im Wesentlichen den gleichen Formvorschriften zu unterstellen, zumal Erbverzichte im Allgemeinen von nicht geringerer Wichtigkeit sind als Erbeinsetzungsverträge. Demgemäß ist auf die entsprechende Anwendung der §§ 1943, 1944 verwiesen. Um Mißverständnisse zu verhüten, ist auch hier wie im § 1957 Abs. 4, und aus den gleichen Gründen (vergl. S. 341 in Verbindung mit S. 346) der § 1947 für entsprechend anwendbar erklärt.

Fähigkeit zur Errichtung.

In Ansehung der Fähigkeit zur Errichtung beschäftigt sich das geltende Recht fast ausschließlich mit der Fähigkeit des Verzichtenden. Das gemeime Recht verlangt (nach der herrschenden Ansicht) für Minderjährige Zustimmung des Vormundes und des Vormundschaftsgerichtes[1]). Das bayr. L. R. III, 11 § 2 Nr. 4 gedenkt nur der Zustimmung des Vormundes. Nach Ansicht Anderer ist jedoch auch für das gemeine Recht volle Handlungsfähigkeit erforderlich[2]). Das preuß. A. L. R. II, 2 § 484 erfordert für die Verträge zwischen Eltern und Kindern Volljährigkeit und Entlassung aus der väterlichen Gewalt, für die übrigen Verträge Erklärung des Vormundes mit Genehmigung des Gerichtes oder des Vaters[3]). Der württemb. Entw. Art. 9, 10 Abs. 2 und Mommsen § 210 gestatten den Verzicht nur volljährigen vollhandlungsfähigen Personen (vergl. des letzteren Mot. S. 275). Der Entwurf erklärt in Ansehung der Fähigkeit des Erblassers und der Unzulässigkeit der Vertretung desselben die §§ 1911, 1912 für maßgebend (Abs. 1). Wie der Erblasser nach dem § 1755 Abs. 2 verbunden mit dem § 1912 durch letztwillige Verfügung das Erbrecht nicht vor Zurücklegung des sechszehnten Lebensjahres entziehen darf, so kann ihm nicht wohl vor Erreichung dieses Alters die Befugniß beigelegt werden, einen Erbverzichtvertrag zu errichten. Andererseits ist ihm im Hinblicke auf jene Vorschriften nach Erreichung dieses Lebensalters die Errichtung eines solchen Vertrages nicht zu versagen. Die Vorschrift des § 1942 hierher zu übertragen, fehlt es an zwingenden Gründen.

Fähigkeit des Verzichtenden.

In Ansehung des Verzichtenden läßt sich der Vertrag mit dem Vertrage, durch welchen ein Erbeinsetzungsvertrag aufgehoben wird, in Parallele stellen. Allerdings kann für das Erforderniß persönlicher Erklärung und voller Geschäftsfähigkeit die in der Nichtübersehbarkeit der Folgen liegende Gefährlichkeit dieses Rechtsgeschäftes geltend gemacht werden. Allein mit der Aufstellung eines derartigen Erfordernisses würde dem Erbverzichtvertrage ein wesentlicher Theil seiner praktischen Bedeutung entzogen werden. Insbesondere würde es alsdann unmöglich sein, daß der Inhaber der elterlichen Gewalt, wie bei Auswanderungen nicht selten vorkommt, zugleich im Namen seiner Kinder den Erbverzicht erklärt.

In Ansehung der Gewährung einer Abfindung seitens eines in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erblassers die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes als Erforderniß aufzustellen, ist weder nothwendig noch zweckmäßig.

---

[1]) Beseler, Erbv. II, 2 S. 255, 256.

[2]) Stobbe § 314 bei Anm. 11.

[3]) Dernburg § 180 Anm. 9; wegen des österr. G. B. vergl. Unger § 30 Anm. 6.

Will ein in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Erblasser eine Abfindung für den Erbverzicht gewähren, so kann er dies selbstverständlich, wie im Falle des § 1957, nur mit Genehmigung des gesetzlichen Vertreters wirksam thun. Der § 2020 befaßt sich lediglich mit dem erbrechtlichen Geschäfte. Außer der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters noch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zu erfordern, wäre schon deshalb nicht rathsam, weil alsdann das Gleiche in Ansehung der Gewährung einer Abfindung im Falle des § 1957 zu bestimmen sein würde. Die Gewährung einer Abfindung ist zwar ein Geschäft, welches außerhalb der regelmäßigen Vermögensverwaltung liegt, und durch welches aus dem Vermögen des Vertretenen eine Leistung versprochen oder gemacht wird, ohne daß eine Verpflichtung dazu besteht. Dennoch ist schon bisher im geltenden Rechte nicht die Wirksamkeit eines jeden derartigen Geschäftes an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes geknüpft worden. Bei dem Erbverzichte liegt dazu insofern um so weniger ein Anlaß vor, als dieses Rechtsgeschäft seitens einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person nur selten vorgenommen wird und, wenn es vorkommt, die Verhältnisse regelmäßig so gestaltet sein werden, daß die Beurtheilung, ob das Geschäft ein angemessenes ist, besser der eigenen Entscheidung des Erblassers und dem pflichtmäßigen Ermessen des gesetzlichen Vertreters überlassen bleibt. Eine Einmischung des Vormundschaftsgerichtes vorzuschreiben, wäre nicht zweckmäßig. Soweit die Abfindung einen Akt in sich schließt, welcher als solcher an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes gebunden ist, wie z. B. die Gewährung einer Ausstattung nach dem § 1731, muß die Genehmigung aus einem anderen Grunde hinzutreten.

Ehefrau. Genehmigung des Ehemannes.

Für eine Vorschrift dahin, eine Ehefrau bedürfe zur Erklärung des Verzichtes nicht der Genehmigung des Ehemannes[1]), läßt sich geltend machen, daß eine Ehefrau nach dem § 1308 Nr. 1 ohne Einwilligung des Ehemannes eine ihr angefallene Erbschaft ausschlagen oder auf einen bereits erworbenen Pflichttheil verzichten könne. Allein, wenn eine Ehefrau diese Befugnisse hat, so bedarf sie noch weniger der Einwilligung des Ehemannes zu einem Verzichte in dieser Richtung vor Eintritt des Anfalles. Nach dem Entwurfe ist die Ehefrau an sich geschäftsfähig; nur in Ansehung des Ehegutes, des Gesammtgutes und des Sondergutes ist ihre Verfügungsgewalt beschränkt. Eine noch nicht angefallene Erbschaft gehört aber weder zum Ehegute noch zum Gesammtgute oder Sondergute. Dazu kommt, daß der Erblasser befugt ist, dem der Ehefrau Hinterlassenen die Eigenschaft des Vorbehaltsgutes beizulegen. Den § 1308 Nr. 1 auf den vorliegenden Fall zu erstrecken, wäre auch nicht angemessen. Die im § 1308 Nr. 1 behandelten Geschäfte enthalten eine Verfügung über Ehegut; nach dem § 1300 würde daher an sich zu deren Wirksamkeit die Genehmigung des Ehemannes erforderlich sein. Der § 1308 Nr. 1 läßt, soweit er reicht, eine Ausnahme von der Regel des § 1300 eintreten. Im vorliegenden Falle findet die Regel des § 1300 keine Anwendung; es bedarf daher nicht der Bestimmung einer Ausnahme von der Regel.

---

[1]) Abweichend für das preuß. A. L. R. Dernburg § 180 bei Anm. 9.

Aufhebung.

Für das geltende Recht wird die Ansicht vertreten, daß eine Aufhebung des Erbverzichtvertrages durch Vertrag unzulässig sei, weil das Erbrecht durch den Erbverzichtvertrag definitiv zerstört sei[1]). Der Entwurf steht nicht auf diesem Boden. Es fehlt an Gründen, die vertragsmäßige Aufhebung des Erbverzichtvertrages auszuschließen. Dies noch besonders hervorzuheben[2]) und auszusprechen, daß der Erbverzicht das Erbfolgerecht nicht vernichtet, sondern nur ein Hinderniß der Verwirklichung der Erbhoffnung ist, welches als solches wieder wegfallen kann, besteht kein Anlaß. Uebrigens würde nicht bestimmt werden können, der Erbverzichtvertrag gelte als nicht geschlossen, denn Wirkungen des aufgehobenen Erbverzichtes zeigen sich doch insofern, als z. B. die während des Bestehens des Erbverzichtvertrages von dem Erblasser gemachten Schenkungen für den außerordentlichen Pflichttheil auch im Falle der Wiederaufhebung des Erbverzichtvertrages nicht in Betracht kommen würden.

Form für den Aufhebungsvertrag.

Der den Erbverzichtvertrag aufhebende Vertrag bewirkt eine Aenderung der Erbfolge, indem er die gesetzliche Erbfolge wiederherstellt; er muß daher gleichfalls den für die Verfügungen von Todeswegen geltenden Vorschriften unterworfen werden, und sind demgemäß im zweiten Absatze auch auf den Aufhebungsvertrag die Vorschriften der §§ 1943, 1944, 1947 für entsprechend anwendbar erklärt. In Ansehung der Fähigkeit und der Vertretung des Erblassers wird auf die Vorschriften der §§ 1911, 1912 verwiesen. Der Umstand, daß der Erblasser durch den Vertrag eine gewonnene Rechtsstellung aufgiebt, erscheint nicht ausreichend, entsprechend dem § 1942, die volle Geschäftsfähigkeit des Erblassers zur wirksamen Eingehung eines solchen Aufhebungsvertrages zu erfordern. In Folge der Aufhebung wird nur der Zustand herbeigeführt, welcher schon zuvor in Ansehung der Erbfolge nach dem Gesetze bestand.

Was den anderen Vertragschließenden angeht, so ist eine Vorschrift entbehrlich, da dieser durch den Vertrag nur eine aufgegebene Rechtsstellung wiedererlangt, also ausschließlich gewinnt.

Wechselseitiger Erbverzicht.

Für den Fall eines wechselseitigen Erbverzichtvertrages bedarf es einer Vorschrift nicht. Wenn der Fall überhaupt vorkommen sollte, so muß dasjenige zur Geltung gelangen, was sich aus dem synallagmatischen Verhältnisse der beiden Verfügungen nach den allgemeinen Grundsätzen ergiebt. Ein Bedürfniß, auf den § 1959 zu verweisen, läßt sich nicht anerkennen. Ob und inwieweit derselbe entsprechend anwendbar sein kann, besonders zu entscheiden, ist nicht erforderlich.

§ 2021.

Verbindung mit einem Erbeinsetzungsvertrage x.

Der Verbindung eines Erbeinsetzungs- oder Vermächtnißvertrages mit dem Erbverzichtvertrage steht an sich nichts entgegen, zumal die Formvorschriften für beide Verträge nach dem Entwurfe die gleichen sind (§ 2019). In dieser Hinsicht würde es vielleicht einer besonderen Vorschrift nicht bedürfen.

---

[1]) Beseler, Erbv. II, 2 S. 257 ff.; Unger § 30 Anm. 10; dagegen Stobbe § 314 bei Anm. 22.

[2]) Vergl. Hofmann, Erk. VI zu § 531 österr. G. B.

Allein, da der § 1955 nur ausspricht, daß in einem Erbeinsetzungsvertrage letztwillige Anordnungen getroffen werden können, möchten, wenn das Gesetz schwiege, immerhin darüber Zweifel entstehen, ob eine solche Verbindung zulässig sei. Es ist daher rathsam, die Zulässigkeit der Verbindung auszusprechen (Satz 1).

Wird die Verbindung des Erbeinsetzungsvertrages mit dem Erbverzichtvertrage zugelassen, so ergiebt sich aus dem § 1955 von selbst, daß auch andere letztwillige Anordnungen in demselben Vertrage getroffen werden können. Zweifel könnten noch erhoben werden, ob nicht die Anwendbarkeit des § 1955 Satz 2 auszuschließen sei, d. h. ob nicht dem Verzichtenden zu versagen sei, in dem Erbverzichtvertrage Verfügungen von Todeswegen zu treffen. Allein die Gründe, aus welchen der § 1955 Satz 2 die Grundsätze des § 1913 durchbricht, rechtfertigen es, für den Erbverzichtvertrag die gleiche Modifikation des § 1913 vorzuschreiben, und mindestens fehlt es an genügendem Anlasse, in dieser Hinsicht für den Erbverzichtvertrag etwas Abweichendes zu bestimmen. Demgemäß ist der § 1955 für entsprechend anwendbar erklärt (Satz 2).

Um den Gedanken der Vorschrift völlig zum Ausdrucke zu bringen, muß ferner der § 1956 Abs. 1 für entsprechend anwendbar erklärt werden (Satz 2). Mithin finden auf die in dem Erbverzichtvertrage getroffenen sonstigen Anordnungen die Vorschriften entsprechende Anwendung, welche für den Fall gelten, daß die Anordnung durch letztwillige Verfügung getroffen wird. Die Vorschriften des § 1956 Abs. 2 bis 4, insbesondere des § 1956 Abs. 3 Satz 2, eignen sich nicht zur entsprechenden Anwendung für den Erbverzicht; es bedarf daher auch keiner Vorschrift über die Aufhebung der mit bindender Wirkung getroffenen Anordnungen (§ 1960).

Die Vorschriften des § 2021 gelten nach dem § 2019 Abs. 3 auch für den Vertrag, welcher auf die Ausschließung des Pflichttheilsrechtes des Verzichtenden sich beschränkt.

§ 2022.

Erbverzicht zu Gunsten einer bestimmten Person.

Ob, wenn einem Erbverzichte die Bestimmung beigefügt ist, derselbe solle zu Gunsten einer bestimmten Person gereichen, anzunehmen sei, der Erblasser habe sich vertragsmäßig binden wollen[1]), ist nicht bestimmt. Die Feststellung des Willens der Vertragschließenden wird besser der Prüfung des einzelnen Falles zu überlassen sein. Der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht zu Gunsten eines Dritten kann in verschiedenem Sinne erfolgen. Wird der Wortlaut in's Auge gefaßt, so liegt darin zunächst nur, der Verzicht erfolge für den Fall, d. h. unter der Bedingung oder in der Voraussetzung, daß der Verzicht dem Dritten, und nur diesem, zu statten komme. Der Wille der Vertragschließenden kann aber auch dahin gehen, daß der Erblasser den Dritten unmittelbar auf den durch den Verzicht frei werdenden Theil der Erbschaft einsetzt, und zwar letzt-

[1]) Beseler, Erbv. II, 2 S. 253—255.

willig oder vertragsmäßig. Es würde aber zu weit gehen, diese unmittelbare Einsetzung oder gar die vertragsmäßige Einsetzung als dem Willen der Vertragschließenden in der Regel entsprechend oder als das vernünftigerweise Gewollte anzusehen. Erfolgt der Erbverzicht, wie dies vielfach geschieht, zu Gunsten der vorhandenen übrigen gesetzlichen Erben, so wird meist anzunehmen sein, es solle nach dem Willen der Vertragschließenden der Nachlaß des Erblassers den verbleibenden Erben so zukommen, wie das Gesetz es in Folge des Verzichtes mit sich bringt. Daß die verbleibenden Erben auf den Erbtheil des Verzichtenden eingesetzt sein sollen, liegt den Vertragschließenden zumeist fern. Was dieselben veranlassen könnte, die verbleibenden Erben in die Stellung eingesetzter Erben zu bringen, ist nicht ersichtlich. Ist der Verzicht ausgesprochen zu Gunsten eines von mehreren gesetzlichen Erben oder zu Gunsten einer Person, welche nicht zu den gesetzlichen Erben gehört, so ist die Möglichkeit, daß der Begünstigte als Erbe eingesetzt werden sollte, eher gegeben. Allein nothwendig ist es auch dann noch nicht, eine solche Einsetzung anzunehmen, namentlich in dem ersteren Falle. Auch hier handelt es sich zunächst nur um einen bedingten Verzicht. Dem Erblasser wird überlassen, die Bedingung durch eine entsprechende Verfügung von Todeswegen zu Gunsten der betreffenden Person zu erfüllen. Die Aufstellung einer Vermuthung, daß der Dritte vertragsmäßig habe zum Erben eingesetzt werden sollen, würde nicht angemessen sein. Aber ebensowenig wäre es gerechtfertigt, eine Vermuthung aufzustellen, daß der Dritte nicht habe vertragsmäßig zum Erben eingesetzt werden sollen, obschon hierzu vielleicht mehr Grund vorliegen würde. In Uebereinstimmung mit der Mehrzahl der geltenden Rechte[1]) wird für den Fall des Erbverzichtes zu Gunsten einer bestimmten Person die Auslegungsregel aufgestellt, der Verzicht solle unwirksam werden, wenn der Verzichtende nicht zur Erbfolge berufen wird oder die Erbschaft ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird. Das sächs. G. B. § 2562 läßt den Verzicht wenigstens dann unwirksam werden, wenn die Erbschaft an den Staat fallen würde.

Unwirksamkeit des Erbverzichtes zu Gunsten einer bestimmten Person.

Verzichtet Jemand zu Gunsten eines Anderen auf sein gesetzliches Erbrecht, so hat dies im Zweifel nach dem Willen der Vertragschließenden die Bedeutung, daß der betreffende Andere Erbe werden muß, wenn der Verzicht wirksam sein soll. Die gewollte Voraussetzung entfällt nicht nur, wenn der Andere vorher stirbt, sondern auch dann, wenn derselbe aus anderen Gründen nicht zur Erbfolge gelangt, z. B. weil ihm der Pflichttheil mit Recht entzogen wird, aber auch in den in der Vorschrift besonders bezeichneten Fällen, in welchen er so angesehen wird, als sei er vor dem Erbfalle gestorben (§ 1972). Zweifelhaft kann dies erscheinen im Falle der Ausschlagung. Indessen wird nicht anzunehmen sein, der Verzicht solle selbst für den Fall ertheilt sein, daß die Erbschaft an einen entfernten Verwandten oder gar an den Fiskus gelangen sollte.

[1]) Stobbe § 314 Anm. 20; Roth § 360 Anm. 50—52; preuß. A. L. R. II, 2 § 486; bayr. L. R. III, 11 § 4 Nr. 3 und § 5 Nr. 3; Unger § 30 Anm. 9; Mommsen § 213 Abs. 1.

Auch das geltende Recht beschränkt sich zumeist nicht darauf, den Fall vorzusehen, daß der begünstigte Dritte vor dem Verzichtenden stirbt. Würde nur für diesen Fall bestimmt, so möchte daraus ein erhebliches argumentum e contrario entlehnt werden.

Gegen die Vorschrift kann eingewendet werden, daß jedenfalls kein Grund vorliege, den Verzicht dann unwirksam werden zu lassen, wenn der Erblasser dem begünstigten Dritten, ohne ihn zum Erben einzusetzen, so viel hinterlassen habe, als derselbe überhaupt habe erhalten sollen. Allein diesem Einwande kann erhebliches Gewicht nicht beigelegt werden. Es ist Sache des Erblassers, welcher einen Erbverzichtvertrag geschlossen hat, der Rechtslage, welche sich aus einem solchen Vertrage ergiebt, in seinen Verfügungen von Todeswegen Rechnung zu tragen.

Verzicht zu Gunsten Mehrerer.

Daß der Verzicht zu Gunsten mehrerer Personen erst dann unwirksam wird, wenn sämmtliche Personen, zu deren Gunsten verzichtet ist, weggefallen sind, bedarf eines besonderen Ausdruckes nicht.

Vermuthung gegen den Verzicht zu Gunsten der Aszendenten u. s. w.

Mit dem preuß. A. L. R. II, 2 § 487 (Mommsen § 213 Abs. 2) auszusprechen, der Erbverzichtsvertrag sei im Zweifel nicht als zu Gunsten der Aszendenten und der Seitenverwandten geschlossen anzusehen, oder auch nur, der Erbverzichtvertrag zwischen dem Erblasser und seinem Abkömmlinge solle im Zweifel lediglich zu Gunsten der übrigen Abkömmlinge und des Ehegatten gereichen, besteht kein hinreichender Anlaß. Dadurch würde einem vorbehaltlos und unbedingt geschlossenen Erbverzichtvertrage die Deutung gegeben, daß er nur zu Gunsten gewisser Personen geschlossen sei. Im einzelnen Falle kann der dafür geltend zu machende Umstand, daß dem Erblasser, wie dem Verzichtenden die Verwandten der ersten Linie und der Ehegatte näher stehen, als die Verwandten der weiteren Linien, die Annahme begründet erscheinen lassen, der Wille der Vertragschließenden sei nicht dahin gegangen, den Verwandten der weiteren Linien oder gar dem Fiskus einen Vorzug in der Erbfolge vor dem Verzichtenden einzuräumen. Allein auf diesen Umstand eine Vermuthung dafür zu gründen, daß der Verzicht den entfernteren Verwandten nicht, und zugleich, daß der Verzicht den übrigen Abkömmlingen und dem Ehegatten immer zu statten kommen solle, muß Anstand genommen werden. Aus der im § 1810 aufgestellten Vermuthung kann für den hier zu entscheidenden Fall nichts gefolgert werden, denn dieser Fall liegt anders. In dem hier zu entscheidenden Falle ist nicht selten die Tragweite des Verzichtes nach dem Willen der Vertragschließenden eine abweichende. Insbesondere erfolgt ein Erbverzicht durch Vertrag zwischen dem Erblasser und dem Verzichtenden häufiger unter der stillschweigenden Voraussetzung, der Verzicht solle lediglich dem Ehegatten des Erblassers zum Vortheile gereichen, nicht aber den noch etwa vorhandenen Geschwistern des Verzichtenden, und zwar deshalb, weil dem Ehegatten nach dem Tode des Erblassers ein ausreichender Unterhalt gesichert werden soll.

Anzuerkennen ist, daß nach der Erfahrung des Lebens die Erklärungen der Vertragschließenden häufig die erforderliche Bestimmtheit über den angestrebten Erfolg vermissen lassen und sich hieran Streitigkeiten geknüpft haben. Dieser Uebelstand wird sich jedoch voraussichtlich künftig weniger fühlbar

machen, da der Erbverzicht der Form der letztwilligen Verfügung unterliegt und zu erwarten steht, der verhandelnde Richter oder Notar werde in der Regel für die wünschenswerthe Klarstellung des Willens der Vertragschließenden Sorge tragen. Wäre aber selbst die Vermuthung als gerechtfertigt anzuerkennen, so würde doch deren Aufnahme mit Rücksicht auf die allgemeine Fassung des § 2019 Abs. 2 bedenklich sein.

Bedingung ꝛc.

Daß der Erbverzicht unter Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen kann[1]), bedarf einer besonderen Erwähnung nicht. Der Entwurf beruht auf der Auffassung, daß jedem Rechtsgeschäfte eine Bedingung oder Zeitbestimmung beigefügt werden kann, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt oder die Natur des Rechtsgeschäftes von selbst entgegensteht (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 249, zum Sachenrechte S. 320 ff., zum Familienrechte S. 42, 43 und zum § 1760 S. 16, 17). Zu bestimmen, welchen Vorschriften der bedingte oder betagte Erbverzicht unterliegt, ist nicht erforderlich.

Theilweiser Verzicht, entgeltlich oder unentgeltlich.

Von selbst versteht es sich, daß ein Erbverzicht theilweise, entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen kann. Würde auf die Möglichkeit hingewiesen, daß der Erbverzicht gegen Entgelt erfolgen kann[2]), so könnte dies den Anschein hervorrufen, als sei der Erbverzicht und das nebenherlaufende, zum Theil unter besonderen Grundsätzen stehende Abfindungsgeschäft nicht genügend auseinandergehalten. Die Nichterwähnung des Abfindungsgeschäftes macht es ferner entbehrlich, Vorschriften darüber aufzunehmen, wie es mit der Gegenleistung sich verhält, wenn der Verzicht in Folge Todes des Verzichtenden vor dem Tode des Erblassers bedeutungslos wird[3]). In der Regel wird die Rückforderung aus dem Grunde der Bereicherung ausgeschlossen sein.

Entfernter Berufene als Verzichtende.

Daß der Verzichtende nicht der zunächst Berufene sein muß, daß vielmehr auch mit einem entfernter Berufenen ein Erbverzichtvertrag geschlossen werden kann (Mommsen § 209, dessen Mot. S. 275), erhellt zur Genüge aus dem § 2019 Abs. 1.

§ 2023.

Ausgleichung oder Anrechnung im Falle des Einrückens eines Anderen.

Die verschiedenen Auffassungen des geltenden Rechtes von der Wirkung des Erbverzichtes für die Abkömmlinge des Verzichtenden sind bei Stobbe § 314 Nr. 5 S. 313 zusammengestellt[4]).

Der Entwurf beruht auf der wegen des § 1972 eines besonderen Ausdruckes nicht bedürfenden Auffassung, daß das gesetzliche Erbrecht sowie das

---

[1]) Roth § 360 Anm. 49.

[2]) Roth § 360 Anm. 56, 57, 74.

[3]) Vergl. Beseler, Erbv. II, 2 S. 248, 249; Hofmann, Exk. X.

[4]) Vergl. ferner Roth § 360 Anm. 69—73; preuß. A. L. R. II, 2 § 358, Eccius § 265 Anm. 7, Dernburg § 181 Anm. 7—9; österr. G. B. § 551, Unger § 30 Anm. 11; sächs. G. B. § 2561, Mommsen §§ 212, 292 (dessen Mot. S. 276—278); württemb. Entw. Art. 49, 50.

Pflichttheilsrecht der Abkömmlinge des Verzichtenden gegenüber dem Erblasser von dem Verzichte unberührt bleiben.

Wirkung des Verzichtes für die Abkömmlinge.

Bei der Erörterung der Frage, inwieweit der Erbverzicht für die Abkömmlinge des Verzichtenden maßgebend ist, scheidet der Fall aus, in welchem der Verzichtende als gesetzlicher Vertreter der Abkömmlinge zugleich in deren Namen den Verzicht miterklärt hat (vergl. S. 474).

Abgesehen von diesem Falle, ist maßgebend die Folge des allgemeineren, dem Entwurfe zu Grunde liegenden Grundsatzes (§ 1972 und §§ 1965 ff.), daß das Erbrecht der Abkömmlinge kein abgeleitetes, sondern ein selbständiges ist. In Frage kann nur kommen, ob nicht an dieser Stelle der Grundsatz durch eine Ausnahme zu durchbrechen sei. Das Festhalten an jenem Grundsatze hat freilich bei dem Erbverzichte die Unzuträglichkeit zur Folge, daß der Zweck, welcher mit dem Abschlusse eines Erbverzichtvertrages zwischen dem Erblasser und einem seiner Abkömmlinge in der Regel verfolgt wird, die Abfindung und Ausschließung des Abkömmlinges sowie seines ganzen Stammes, nicht mit Sicherheit erreicht werden kann. Dies ist offenbar der Grund, aus welchem in fast allen geltenden Rechten Vorschriften sich finden, durch welche die Abkömmlinge an den Erbverzicht des Elterntheiles in mehr oder minder weitgehender Weise gebunden werden, selbst wenn den Rechten das sog. Repräsentationsprinzip fremd ist.

Der Entwurf enthält im § 1398 Abs. 3 gleichfalls eine einschlagende Vorschrift für die fortgesetzte Gütergemeinschaft. Allein diese Vorschrift kann hier wegen ihres engen Zusammenhanges mit dem eigenartigen Institute der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht zum Vorbilde dienen; sie greift überhaupt der zu treffenden Entscheidung nicht vor. Eine Abhülfe wäre, wie die geltenden Rechte zeigen, auf verschiedenen Wegen möglich. Als solche Wege kommen mit Rücksicht auf die sonstigen Vorschriften des Entwurfes folgende in Betracht.

Es könnte bestimmt werden, daß, wenn aus dem Vertrage der Wille der Vertragschließenden erhellt, auch das Erbrecht der Abkömmlinge solle ausgeschlossen werden, diese Abkömmlinge dann nicht zur Erbfolge gelangen, wenn der Verzichtende zur Zeit des Erbfalles noch lebt. Dafür läßt sich insbesondere geltend machen, daß in dem vorausgesetzten Falle der Elterntheil, auch wenn er nicht verzichtet hätte, die Abkömmlinge deshalb ausgeschlossen haben würde, weil er zur Zeit des Erbfalles noch vorhanden war. Allein eine solche Vorschrift würde sich, auf die zu beseitigende Unzuträglichkeit gesehen, nur als eine halbe Maßregel darstellen. Die Unzuträglichkeit tritt wieder hervor, sobald der Verzichtende vor dem Erblasser gestorben ist. Mit der Grundauffassung, daß das gesetzliche Erbrecht der Abkömmlinge ein selbständiges ist, würde also gebrochen werden, ohne daß der praktische Zweck, auf welchen es ankommt, voll erreicht wird.

Ferner könnte bestimmt werden, es solle der Grundsatz des § 1972, daß der Wegfallende als vor dem Erbfalle verstorben anzusehen ist, für den Fall des Verzichtes nicht gelten, sofern der Verzichtende zur Zeit des Erbfalles noch lebt. Dadurch würde erreicht, daß der Verzichtende in dem vorausgesetzten Falle durch sein Vorhandensein seine Abkömmlinge von selbst ausschließt.

Aber auch dieser Lösung würde der gleiche Einwand wie der zuerst in Betracht gezogenen entgegenstehen, daß sie nur für den Fall, wenn der Verzichtende den Erblasser überlebt, Abhülfe schafft.

Dem gleichen Einwande würde die Vorschrift nicht ausgesetzt sein, daß der Erbverzichtvertrag auch für die Abkömmlinge des Verzichtenden wirke, sofern nicht ein Anderes vereinbart sei. Danach könnte der Verzichtende seine Abkömmlinge schlechthin binden. Zur Rechtfertigung ließe sich geltend machen, der Erbverzicht schließe eine antizipirte Erbfolge in sich. Es sei anzunehmen, der Verzichtende habe in der für den Verzicht gewährten Abfindung seinen Erbtheil empfangen und, falls eine Abfindung nicht gegeben sei, der Verzichtende habe erklärt, der Erbtheil solle als empfangen gelten. Allein damit würde thatsächlich das gesetzliche Erbrecht und sogar das Pflichttheilsrecht der Abkömmlinge ausschließlich in die Hand des Elterntheiles gelegt. Damit würde nicht der in dem Repräsentationsprinzipe enthaltene berechtigte Gedanke verwirklicht werden, sondern der Entwurf würde zu dem Repräsentationsprinzipe selbst sich bekennen und die Abkömmlinge vergewaltigen lassen.

Hiernach erscheint es richtiger, die Folgen des Grundsatzes, daß das gesetzliche Erbrecht der Abkömmlinge ein selbständiges ist, auch hier zu ziehen. Dies ist um so mehr zulässig, als der Erblasser auch ohne solche Vorkehrungen in der Regel erreichen kann, daß eine Behelligung seitens der Abkömmlinge des Verzichtenden nicht mehr eintritt. Nach dem § 2021 steht es dem Erblasser offen, in dem Verzichtvertrage zugleich den Abkömmlingen des Verzichtenden durch eine letztwillige Verfügung jedes Erbrecht zu entziehen. Machen die Abkömmlinge das Pflichttheilsrecht geltend, so müssen sie nach dem § 2023 die dem Verzichtenden gewährte Abfindung auf den Pflichttheil sich abrechnen lassen. Dadurch werden sie in den meisten Fällen befriedigt sein. Hat der Erblasser dem Verzichtenden keine Abfindung gewährt oder doch nur eine solche, welche hinter dem Betrage des Pflichttheiles der Abkömmlinge zurückbleibt, so ist es nur angemessen, daß die Abkömmlinge mit ihrem Pflichttheilsanspruche noch hervortreten können.

Ausgleichung; Abrechnung.

Der § 2023 bestimmt über die den Abkömmlingen des Verzichtenden obliegende Ausgleichungspflicht oder Abrechnungspflicht in Ansehung der für den Verzicht gewährten Gegenleistung. Die Ausgleichung oder Abrechnung erfolgt, unabhängig davon, ob die Gegenleistung von dem Verzichtenden an dessen Abkömmlinge gelangt ist oder nicht, wie im Falle des § 1989 (vergl. dessen Abs. 4). Dasjenige, was als Abfindung für einen Erbverzicht auf einen Stamm entfällt, ist von diesem Stamme zur Ausgleichung zu bringen oder ihm abzurechnen. Der Kreis der Abkömmlinge, welche hierzu verpflichtet sein sollen, ist nicht nach Maßgabe der Grundsätze, welche für die Ausgleichung wegen des Vorempfangenen nach den §§ 2157 ff. gelten, zu bestimmen. Dies verdeutlicht noch der Zusatz „gegenüber den Miterben". Diese Regelung ist bevorzugt, da anzunehmen ist, daß der Erblasser, wenn er den Fall sich vergegenwärtigt hätte, voraussichtlich eine derartige Anordnung getroffen haben würde. Es erscheint in der That angemessen, um nur einen Fall hervorzuheben, daß die Abkömmlinge des verzichtenden Elterntheiles die Abfindung dieses Elterntheiles sich anrechnen lassen müssen.

Eine besondere Vorschrift für den Fall, daß derjenige, welcher nur auf seinen Pflichttheilsanspruch verzichtet hat, dann aber gleichwohl wegen des Eintrittes der gesetzlichen Erbfolge zu seinem ungeschmälerten Erbtheile gelangt, sich die Verzichtabfindung anrechnen lassen müsse, ist wegen der Seltenheit des Falles nicht erforderlich. Eine solche Vorschrift würde auch keineswegs unbedenklich sein, da es leicht möglich ist, daß der Grund, aus welchem die Abfindung gegeben wurde, nicht deshalb weggefallen ist, weil der Verzichtende nachträglich Erbe wurde. Die Abfindung kann z. B. lediglich deshalb für den Verzicht auf das Pflichttheilsrecht gewährt sein, um zu verhindern, daß eine Schenkung an einen Dritten seitens des verzichtenden Pflichttheilsberechtigten in Gemäßheit der §§ 2009 ff. entkräftet werden kann.

Zuwendung aus dem Gesammtgute.

Der Schlußsatz des § 2023 trifft Vorsorge, daß auch in Ansehung der Abfindung für einen Erbverzicht die Vorschriften des § 2162 wegen der Zuwendungen seitens eines Ehegatten aus dem Gesammtgute der allgemeinen oder partikulären Gütergemeinschaft oder aus dem Gesammtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft zur entsprechenden Anwendung gelangen.

§ 2024.

Verzicht auf die vertragsmäßige Zuwendung von Todeswegen.

Wie S. 470 erwähnt, wird auch der vertragsmäßige Verzicht auf eine bindende vertragsmäßige Zuwendung oder Erbeinsetzung in Uebereinstimmung mit einigen geltenden Rechten gestattet[1]).

Der Entwurf enthält keine allgemeine Vorschrift über die Verzichtbarkeit der Rechte. In Ermangelung der Vorschrift des § 2024 könnte daher sehr wohl in Frage gezogen werden, ob ein solcher Verzichtvertrag zulässig ist, namentlich mit Rücksicht auf den § 2033, nach welchem die Ausschlagung der angefallenen Erbschaft vor dem Beginne der Ausschlagungsfrist nicht zulässig ist, zumal die Vorschriften des § 2033 nach dem § 1873 Abs. 3 auch für das Vermächtniß gelten, und nur in Ansehung des Pflichttheilsberechtigten nach dem § 2034 eine hier nicht in Betracht kommende Ausnahme erleiden.

Der Verzicht auf das in einem Erbeinsetzungs- oder Vermächtnißvertrage Zugewendete muß aber vor dem Anfalle zulässig sein. Dies steht mit dem Wesen und Zwecke eines solchen Vertrages nicht im Widerspruche und ist durch ein praktisches Bedürfniß geboten. Die Stellung des vertragsmäßig Bedachten ist derjenigen eines Pflichttheilsberechtigten verwandt (vergl. S. 329). Die Gründe, welche dazu nöthigen, dem Pflichttheilsberechtigten zu gestatten, vertragsmäßig auf den Pflichttheil zu verzichten (§ 2019), treffen hier gleichfalls zu. Ein Bedürfniß der Zulassung ergiebt sich insbesondere in den Fällen, in welchen die vertragsmäßige Zuwendung durch den Tod des anderen Vertragschließenden unabänderlich geworden ist (§ 1957 Abs. 1 Satz 2),

[1]) Stobbe § 314 bei Anm. 10. Wegen des preuß. A. L. R., insbesondere I, 12 § 652, vergl. Eccius § 265 Anm. 9, Dernburg § 181 Anm. 2. Das bayr. L. R. III, 11 § 4 kennt sogar einen vertragsmäßigen Verzicht auf das testamentarische Erbrecht. Unger § 30 Anm. 7 bekämpft überhaupt die Zulassung eines solchen vertragsmäßigen Verzichtes.

während der Verfügende in Folge einer Aenderung der Verhältnisse ein dringendes Interesse daran haben kann, durch eine Verständigung mit dem hierzu bereiten Bedachten sich frei zu machen.

Ein solcher Verzichtvertrag wird angemessen den gleichen Grundsätzen wie der Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht oder Pflichttheilsrecht unterstellt. In gleicher Weise ist bereits in dem ähnlichen Falle des § 1393 für den Verzicht auf die Rechte an dem Gesammtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft bestimmt worden; jedoch ist dort nur gerichtliche oder notarielle Form für den Vertrag vorgeschrieben.

Daraus, daß die Grundsätze von dem Erbverzichte, streng genommen, nicht passen, wenn der Dritte nur mit einem Vermächtnisse bedacht ist, kann ein Bedenken nicht hergeleitet werden, da auch der Pflichttheilsberechtigte nach den §§ 1975, 1976 ebenfalls einen nur ausnahmsweise entziehbaren Anspruch auf Hinterlassung eines gewissen Werthbetrages hat. Wird aber dem Dritten der Verzicht gestattet, so kann derselbe dem bedachten anderen Vertragschließenden nicht wohl versagt werden. Das Bedürfniß ist in Ansehung desselben freilich nicht das gleiche; denn die Aufhebung der Verfügung läßt sich im Wege einer Aenderung des Vertrages herbeiführen (§ 1957). Aber immerhin ist kein Anlaß vorhanden, den Weg des Verzichtes zu versagen, welcher wenigstens dann der einfachere ist, wenn ein einzelner nicht erheblicher Theil des Vertrages rückgängig gemacht werden soll.

Die entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften über den Erbverzicht, welcher das gesetzliche Erbrecht oder das Pflichttheilsrecht zum Gegenstande hat, auf den im § 2024 behandelten Verzichtvertrag ist nur in Ansehung des § 2020 Abs. 1 zu bestimmen (Satz 2). Die entsprechende Anwendung des § 2023 würde nicht zu angemessenen Ergebnissen führen, für die Vorschriften der §§ 2021, 2022 fehlt es an einer Unterlage; für deren Anwendung besteht daher ein Bedürfniß nicht.

Sechster Abschnitt.
Rechtsstellung des Erben.

Erster Titel.
Erwerb der Erbschaft.

Vorbemerkung.

Geltung für alle Delationsgründe.

Der sechste Abschnitt enthält unter der Ueberschrift „Rechtsstellung des Erben" die Vorschriften, welche auf das „Erbesein" sich beziehen. Dieselben gelten für jeden Erben, mag das Erbrecht auf letztwilliger Verfügung, Vertrag oder Gesetz beruhen. Hierdurch wird erforderlich, daß sie in einem besonderen Abschnitte vereinigt werden. Eine Unterscheidung zwischen den Vorschriften, welche auf das „Erbewerden" und denen, welche auf das „Erbegewordensein" sich beziehen, ist weder nothwendig noch zweckmäßig.

Erwerb kraft des Gesetzes, nicht Antretungserwerb.

Der Entwurf beruht auf der Grundauffassung, daß der Nachlaß als Ganzes mit dem Anfalle auf den Berufenen kraft des Gesetzes übergeht, jedoch vorbehaltlich des Rechtes der Ausschlagung.

Geltendes Recht.

Das geltende Recht geht nur zum Theil von der gleichen Auffassung aus. Auf dem Boden des Entwurfes stehen das preuß. A. L. R. I, 9 §§ 367 bis 369, 382 (vergl. I, 12 §§ 242, 485, 631), das hamb. Recht, das lüb. Recht und das lüb. Ges. v. 10. Februar 1862 Art. 13, 20, 26, sowie der hess. Entw. Art. 226[1]). Für die (eigentlichen) gesetzlichen Erben und für die Universallegatare (héritiers légitimes et institués), sofern den letzteren nicht sog. Vorbehaltserben gegenüberstehen, folgt der code civil Art. 724 Abs. 1, 1006 demselben Grundsatze.

In beschränktem Umfange, für heredes sui, hat auch das gemeine Recht diesen Grundsatz[2]); ihm folgen darin viele andere Rechte[3]), noch neuerlich brem. Debit- und Nachlaßordn. v. 1843 und das oldenb. Ges. v. 1873 Art. 1. Ob und inwieweit das sächs. G. B. wegen seines § 2265 ebendahin zu rechnen ist[4]), kann hier auf sich beruhen.

---

[1]) Vergl. Dernburg § 217; Eccius § 268; Baumeister II § 125; Pauli, Abh. III S. 131; Stobbe § 282.

[2]) Windscheid § 595; Brinz § 393; Roth § 363 I A.

[3]) Roth § 363 Anm. 42; für württemb. Recht Stein § 103.

[4]) Stobbe § 282 Anm. 2.

Dagegen geben dem als Erbe Berufenen nur ein Recht, anzutreten oder auszuschlagen, das gemeine Recht, soweit es sich nicht um sui handelt[1]), das österr. G. B. §§ 547, 550, 533, 534, das sächs. G. B. §§ 2009, 2010, 2250, 2549, das bayr. L. R. III, 1 § 8, sowie verschiedene Rechte beschränkten Geltungsgebietes[2]), ferner die thüring. Erbgesetze, welche ausdrücklich die Unterscheidung zwischen sui und extranei heredes beseitigen, Mommsen §§ 9, 10 Abs. 1, §§ 219 ff., 244, vergl. § 197, endlich der code civil in anderen als den oben bezeichneten Fällen.

Eine Entscheidung des Reichsgerichtes (Bd. 7 S. 131) geht davon aus, der Grundsatz des Entwurfes sei nur dann anzuwenden, wenn er für das betreffende Partikularrecht nachgewiesen ist.

Entwurf. Die praktischen Vorzüge des Systemes des preuß. A. L. R. sind für überwiegend erachtet. Als solche sind besonders hervorzuheben die Einheit und die Einfachheit des Gesetzes. Fällt das Erforderniß eines Erwerbsaktes hinweg, so sind Vorschriften über die Voraussetzungen der Erwerbshandlung und über diese Handlung selbst für die Regel entbehrlich. Eine ruhende Erbschaft kommt nicht vor[3]). Anfall und Erwerb werden der Zeit nach vereinigt, von gewissen Ausnahmefällen abgesehen. Der Erwerb der Erbschaft und des Vermächtnisses beruht im Wesentlichen auf den gleichen Grundsätzen.

Ferner kommt in Betracht die Rücksicht auf dasjenige, was in der Mehrzahl der Fälle thatsächlich geschieht. Erbschaften werden verhältnißmäßig selten ausgeschlagen. Daß in dem Behaltenmüssen einer Erbschaft, welche nicht ausgeschlagen wird, eine Art Zwang gegen den Erben liegt, empfindet das Volksbewußtsein kaum, mag dies auch dem Rechtsverständigen auffallend erscheinen. Gefährdet wird der Erbe insofern nicht, als ihm das Recht der Ausschlagung bleibt, und als die letztere nach dem § 2042 Abs. 1 die Wirkung hat, daß der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt.

Weiter spricht für den Grundsatz, daß er den Gläubigern und den Schuldnern des Erblassers eine bessere Lage verschafft. Den Gläubigern wird für die Regel nicht zugemuthet, die Berechtigung des Erben und den Antritt der Erbschaft seitens desselben nachzuweisen. Die Ausschlagung tritt in einer unzweideutigen Handlung zu Tage. Die Erklärung wird, falls die Absicht, auszuschlagen, vorhanden ist, um so eher abgegeben werden, als damit jede Belästigung seitens der Gläubiger entfällt, während, wenn eine Annahme verlangt wird, der Antrieb zur Beschleunigung der Erklärung fehlt. Den Schuldnern des Erblassers wird für die überwiegende Mehrzahl der Fälle ermöglicht, sich mit demjenigen einzulassen, welcher als Erbe nicht mehr ausschlagen kann, ohne daß sie auf den umständlichen Weg der Hinterlegung verwiesen sind.

Wird daneben in Betracht gezogen das große Geltungsgebiet des Erwerbes kraft des Gesetzes und daß auf diesem über den Erwerb der Erbschaft kraft des Gesetzes niemals Klagen erhoben worden sind, so möchten diese Gründe genügen.

[1]) Windscheid §§ 596 ff.; Brinz § 394; Roth § 363 I B.

[2]) Roth § 363 Anm. 1, 43—45; Stobbe § 282 Anm. 7.

[3]) Stobbe § 282 Anm. 9.

Verkannt wird dabei nicht, daß das Gesetz seine Zuflucht zu einer Fiktion nimmt und daß jede Fiktion des Gesetzes bedenklich erscheinen kann. Aber auch der entgegengesetzte Grundsatz kommt ohne Fiktion nicht aus. Eine Lücke zwischen der Herrschaft des Erblassers und der Herrschaft des Erben kann auch der Antretungserwerb nicht zulassen. Der letztere greift zu der Fiktion „heres a morte testatoris successisse intellegitur“ (vergl. Savigny, System Bd. 4 S. 1 ff., u. A.)[1]). Mag nun auch die letztere Fiktion juristisch folgerichtiger sein als die für den Erwerb kraft des Gesetzes erforderliche Fiktion, der Ausschlagende habe niemals erworben, so hat doch die letztere nur einen negativen Inhalt. Wenn eingewendet worden ist (Randa, Erbschaftserwerb S. 15), auch bei dem Erwerbe kraft des Gesetzes werde durch die Möglichkeit, die Erbschaft auszuschlagen, die Antretung auf einem Umwege eingeführt und das sei unnatürlich, so kann diesem Einwande Gewicht nicht beigelegt werden. Schweigen ist gewiß keine Annahmeerklärung. Dagegen ist richtig, daß auch bei dem Erwerbe kraft des Gesetzes dem Willen des Erben die ihm zukommende Bedeutung nicht entzogen wird. Die Willenserklärung ist aber nicht Voraussetzung des Erwerbes des Angefallenen, sondern Voraussetzung des Wegfalles des Erworbenen mit rückbezüglicher Wirkung. Hiernach handelt es sich mehr um eine Konstruktionsfrage. Für diese ist noch zu berücksichtigen, daß sich die im gemeinen Rechte anerkannte Transmission des Erwerbsrechtes, welche allerdings als Ausnahme hingestellt wird, aber so weit geht, daß für die Regel nicht viel übrig bleibt[2]), nur schwer mit dem Antretungserwerbe verbinden läßt (vergl. Suarez in v. Kamptz' Jahrb. Bd. 41 S. 12). Das gemeine Recht erklärt demgemäß auch das Recht, anzutreten oder auszuschlagen, noch grundsätzlich für nicht übertragbar, ebenso das württemb. Recht (Stein § 114). Das bayr. L. R. folgt darin gleichfalls, aber es hat die Transmissionsfälle vermehrt[3]). Andere auf dem Antretungserwerbe beruhende Rechte erklären dagegen schon das bezeichnete Recht des Erben für ein schlechthin vererbliches (österr. G. B. §§ 536, 537, 809; sächs. G. B. § 2010, vergl. §§ 2265, 2267, 2290; Mommsen § 10 Abs. 2, § 232).

Ob der Grundsatz des Entwurfes dem älteren deutschen Rechte entspricht[4]), kann dahingestellt bleiben, jedenfalls würde er darin nur für die gesetzliche Erbfolge eine Stütze finden, für den Erbeinsetzungsvertrag vielleicht mit Hülfe sehr künstlicher Konstruktionen[5]), aber keinesfalls für den Erwerb aus letztwilliger Verfügung.

Nicht unerwähnt kann bleiben, daß sich der Deutsche Juristentag (13. Juristentag) von 1876 trotz der entgegengesetzten Gutachten Mommsen's, Jung's und Randa's (Verhandl. II S. 138—171, 415—421) und außerdem namhafte Juristen für den Grundsatz des Entwurfes ausgesprochen haben[6]).

[1]) Windscheid § 605; Roth § 368; Brinz §§ 397, 363.

[2]) Windscheid §§ 600, 601; Roth § 366.

[3]) Roth § 366 Anm. 8, 17.

[4]) Stobbe § 281.

[5]) Vergl. Binding im civ. Arch. Bd. 57 S. 402 ff., insbesondere S. 409, 410.

[6]) Vergl. bei Stobbe § 282 Anm. 3.

§ 2025.

I. Anfall der Erbschaft.

1. Regelfall. Anfall kraft Gesetzes.

Der § 2025 bringt den S. 485 ff. erörterten wichtigen Grundsatz des Anfalles kraft des Gesetzes zum Ausdrucke und stellt denselben an die Spitze des Abschnittes. Die Worte „kraft des Gesetzes" sind nicht zu entbehren; sie sind wesentlich, weil sie die Abweichung von einer Mehrzahl der Rechte klarstellen; sie finden sich auch im § 1867 Abs. 1. Die Fassung „welcher durch Verfügung des Erblassers von Todeswegen oder durch Gesetz als Erbe berufen ist" ist gewählt, nicht die Fassung „welcher auf Grund .... Erbe wird". Die letztere Fassung erscheint deshalb naheliegend, weil bereits im § 1749 Abs. 1 der Begriff des Erben festgestellt ist und die §§ 1749, 1750 ergeben, daß auf den Erben das Vermögen des Erblassers als Ganzes oder zu einem Bruchtheile übergeht. Allein es verdient den Vorzug, die Vorschrift darüber, was unter dem Erwerbe kraft des Gesetzes zu verstehen ist, unmittelbar und nicht unter Benutzung anderer technischer Ausdrücke zu geben.

In Ansehung des Falles, daß mehrere Erben vorhanden sind, bestimmt der § 1750. Die technische Bezeichnung „Anfall der Erbschaft" für den vorläufigen Erwerb der Erbschaft, welcher durch Ausschlagung noch rückgängig gemacht werden kann, entspricht der für das Vermächtniß im § 1867 Abs. 1 gegebenen technischen Bezeichnung „Anfall des Vermächtnisses". Diesen Ausdruck einzufügen, ist hier der geeignete Ort.

Nach dem Sprachgebrauche des Entwurfes fällt die Erbschaft an; derjenige, welcher, vorbehaltlich des Rechtes der Ausschlagung, erwirbt, ist „berufen". Dies ergiebt sich aus dem Entwurfe selbst, ohne daß es erforderlich wäre, das Wort „Berufung" zu einem technischen zu machen.

Anfall mit dem Erbfalle.

Verdeutlichend wird hinzugefügt (vergl. § 1749 Abs. 1), daß die Erbschaft mit dem Erbfalle anfällt (Abs. 2). Diese Regel erleidet Ausnahmen; darauf weisen die Worte hin „soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt". Die Regel des ersten Absatzes ist dagegen eine absolute.

§ 2026.

2. Anfall an einen nasciturus.

In Ansehung des Erbfalles ist, in Uebereinstimmung mit fast allen geltenden Rechten[1]), der Satz zum Ausdrucke zu bringen „nasciturus pro iam nato habetur" (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 29). Diese Vorschrift (Abs. 1) ist nicht wegen des § 1758 Abs. 1 und des § 1964 Abs. 2 entbehrlich; die bezeichneten Vorschriften betreffen nur die Einsetzungsfähigkeit und die gesetzliche Erbberechtigung des nasciturus. Hier handelt es sich hingegen um die Wirkung, den Anfall.

Der Anfall erfolgt zwar erst mit der Geburt, die Wirkung des Anfalles wird jedoch zurückbezogen, „gilt als schon vor dem Erbfalle geboren". Uebrigens ist es mehr eine theoretische und Konstruktionsfrage, ob dies oder umgekehrt

---

[1]) Vergl. Windscheid §§ 52, 535 Anm. 5; Roth § 296 Anm. 40, 41; preuß. A. L. R. I, 9 §§ 371 ff., I, 12 § 527; code civil Art. 725, 906; sächs. G. B. § 2008; thüring. Erbgesetze; für österr. G. B. Unger § 5 bei Anm. 1; Mommsen § 8 Abs. 2; hess. Entw. Art. 5.

anzunehmen ist, daß dem nasciturus schon bei dem Eintritte des Erbfalles wirklich anfalle.

Die rechtliche Berücksichtigung der besonderen thatsächlichen Sachlage (ruhende Erbschaft oder nicht)[1]) ist durch Anordnung einer Nachlaßpflegschaft für diesen Fall (§ 2058) erfolgt.

Ruhende Erbschaft.

Eine Entscheidung dahin, daß, wenn die Ungewißheit gehoben ist, der Erbe so angesehen wird, als habe eine Ungewißheit in Ansehung des Anfalles nie bestanden, ist entbehrlich. Ueber den Beginn der Ausschlagungsfrist in einem solchen Falle bestimmt der § 2030.

Mit Rücksicht auf den § 1758 Abs. 2 ist es erforderlich, zu verdeutlichen, daß die Vorschrift des ersten Absatzes auf die Nacherbfolge mit der Maßgabe entsprechende Anwendung findet, daß an die Stelle des Erbfalles der Fall der Nacherbfolge tritt (Abs. 2). Wegen der zeitlichen Begrenzung vergl. §§ 1812, 1813.

Nacherbschaft.

§ 2027.

3. Unterhaltsanspruch der Mutter eines nasciturus.

Daß der mit einem erbberechtigten nasciturus Schwangeren ein subsidiärer Unterhaltsanspruch gewährt wird, ist positiv, aber im sozialen Interesse und aus Rücksichten der Humanität geboten. Aehnliche Vorschriften finden sich in fast allen geltenden Rechten[2]). Das Kind soll in der Mutter geschützt werden, indem für diese gesorgt wird. Ein Grund zur Fürsorge liegt jedoch nur dann vor, wenn die Mutter ihren standesgemäßen Unterhalt nicht schon an sich zu bestreiten vermag[3]). In dieser Hinsicht mit dem sächs. G. B. § 2345 (Mommsen § 278) und dem hess. Entw. Art. 6 einen Unterschied zu machen, je nachdem die Schwangere die Wittwe des Erblassers ist oder nicht, und nur für den letzteren Fall das Erforderniß der Bedürftigkeit aufzustellen, würde der inneren Rechtfertigung entbehren.

Voraussetzung der Bedürftigkeit.

In Ansehung der Voraussetzungen der Bedürftigkeit verweist der zweite Absatz auf den § 1481. Dies führt zu einem befriedigenden Ergebnisse.

Hervorgehoben ist, daß standesmäßiger Unterhalt zu gewähren sei, weil der § 1488 nur die gesetzliche Unterhaltspflicht i. e. S. behandelt.

Entnahme aus den Nutzungen und der Substanz.

Mit Rücksicht auf den § 1482 ist auszusprechen, daß der Unterhalt nicht ausschließlich aus den Nutzungen (sächs. G. B. § 2543; Mommsen § 278), sondern, wenn nöthig, aus der Substanz des Nachlasses, und, wenn das zu erwartende Kind oder die mehreren zu erwartenden Kinder nur als Miterben in Betracht kommen, aus den Nutzungen und der Substanz des Erbtheiles, an welchem diese betheiligt sind, zu gewähren ist. Die Fassung bringt dies zum Ausdrucke.

Ist der nasciturus nur Miterbe, so kann ein doppelter Fall vorliegen; einmal der Fall, daß der nasciturus einen Bruchtheil allein erben wird,

[1]) Vergl. Windscheid § 528 Anm. 7, § 531; Roth § 393; Eccius § 242 Anm. 22; Dernburg § 630 Anm. 18; code civil Art. 725, 906, 811—814; sächs. G. B. §§ 2246—2249; Unger § 7; Mommsen §§ 214—218; hess. Entw. Art. 305—308.

[2]) Windscheid § 618 Anm. 8; bayr. L. R. I, 4 § 10 Nr. 3, 4, und Kreittmayr zu III, 1 § 12; Roth § 396 Anm. 43; preuß. A. L. R. I, 9 §§ 377, 381; sächs. G. B. § 2345; Mommsen § 278; hess. Entw. Art. 6 Abs. 2; u. A.

[3]) Abweichend für das preuß. A. L. R. Eccius § 267 Anm. 25.

z. B. der Erblasser hinterläßt mehrere Kinder und eines vorverstorbenen Sohnes bisher kinderlose, aber schwangere Wittwe; dann aber auch der Fall, daß der nasciturus einen Bruchtheil nicht allein erben wird, z. B. wenn in dem ersterwähnten Falle die schwangere Wittwe bereits andere Kinder hat. In beiden Fällen muß, weil es ungewiß ist, wie viele Kinder werden geboren werden, die Aufhebung der Gemeinschaft ausgesetzt bleiben, soweit die Ungewißheit der Erbtheile entgegensteht (vergl. § 2154). In dem ersteren Falle kann bereits die Gemeinschaft aufgehoben werden; werden demnächst mehrere Kinder geboren, so ist nur noch die Aufhebung der Gemeinschaft des wegen der Schwangerschaft vorbehaltenen Theiles erforderlich. In dem zweiten Falle kann in Ansehung des auf den Stamm des verstorbenen Sohnes fallenden Theiles die Gemeinschaft noch nicht aufgehoben werden; der nasciturus oder die nascituri verkleinern lediglich den Antheil der Kinder des vorverstorbenen Sohnes; die endgültige Aufhebung der Gemeinschaft in Ansehung dieses Theiles muß wegen der Ungewißheit, ob ein Kind oder mehrere Kinder geboren werden, ausgesetzt bleiben. Der Unterhalt wird der Wittwe aus demjenigen gewährt, in Ansehung dessen die Aufhebung der Gemeinschaft noch nicht erfolgen kann. Der positiven Vorschrift des röm. Rechtes zu folgen, daß wegen der Schwangerschaft drei Theile zu reserviren seien, würde bedenklich und jedenfalls unpraktisch sein, obschon noch das sächs. G. B. §§ 2293, 2344 (Mommsen §§ 277, 280 Abs. 2, § 302) diese Vorschrift zum Vorbilde nimmt (vergl. zum § 2154).

Der unbestimmte Artikel „eine erbberechtigte Person" trägt der Möglichkeit Rechnung, daß mehrere Kinder geboren werden.

Rückerstattungspflicht.

Ueber die etwaige Rückerstattungspflicht der Schwangeren[1]) bedarf es einer besonderen Vorschrift nicht. Die Ersatzpflicht im Falle der betrügerischen Vorspiegelung einer Schwangerschaft ergiebt sich aus allgemeinen Grundsätzen. Aus der Fassung der Vorschrift erhellt die Ersatzpflicht für den Fall, daß der nasciturus aus einer Zeugung herrührt, welche ihn von der Erbberechtigung ausschließt. Daß der Ersatz des gewährten Unterhaltes nicht deshalb gefordert werden kann, weil der nasciturus nicht lebend zur Welt kommt, erscheint selbstverständlich. Zweifelhaft könnte nur der Fall sein, in welchem die Schwangerschaft irrthümlich angenommen ist. Der Fall ist so selten und es handelt sich, wenn der Fall vorkommen sollte, um einen so kurzen Zeitraum, während dessen Unterhalt gewährt ist, daß kein Anlaß besteht, von den allgemeinen Grundsätzen abzuweichen. Es wird lediglich eine auf die Bereicherung beschränkte Kondiktion nach Maßgabe der §§ 737 ff. in Frage kommen.

Missio in possessionem ventris nomine.

Die missio in possessionem ventris nomine[2]) haben alle neueren Gesetzgebungen aufgegeben; Mommsen allein hat sie (§ 324; Motive S. 352, 353) aufgenommen. Ein Bedürfniß für dies Institut kann gegenüber der Regelung in den §§ 2027, 2058 nicht anerkannt werden.

---

[1]) Winscheid § 618 Anm. 9—12; Roth § 396 Anm. 44; preuß. A. L. R. I, 9 § 377, Dernburg § 217 Anm. 10.

[2]) Windscheid § 618; Brinz § 395 I 2; Roth § 396 III.

Ebensowenig besteht noch ein Bedürfniß in Ansehung der missio ex edicto Carboniano[1]). Ein besonderer Schutz für den geschlechtsunreifen Deszendenten, welchem quaestio status et filiationis gemacht ist, ist nicht erforderlich, auch in keiner neueren Gesetzgebung, von dem bayr. L. R. III, 1 §§ 13 ff. abgesehen, für nothwendig erachtet.

Missio ex edicto Carboniano.

Auf Grund des S. C. Plancianum, welches der sich schwanger fühlenden Ehefrau trotz der Nichtanerkennung des Kindes Unterhaltsansprüche beilegt[2]), sind besondere Vorschriften nicht erforderlich, wie solche sich denn auch in keinem der neueren Rechte finden (vergl. Siebenhaar zu § 1775 des sächs. G. B). Die Vorschriften des preuß. A. L. R. II, 2 §§ 41—48 bezwecken nur die Sicherung des Ehemannes gegen Unterschiebung eines Kindes und gegen Entziehung seines Kindes.

S. C. Plancianum.

Eine Vermuthung, welche von mehreren Personen die andere überlebte, wenn mehrere gleichzeitig umgekommen sind, stellt das gemeine Recht auf, mit Beschränkung auf den Fall, daß Eltern und Kinder gleichzeitig umgekommen sind[3]). Das franz. Recht (code civil Art. 720—722) hat eine Reihe von Vermuthungen in Ansehung des Ueberlebens aufgestellt. Das preuß. A. L. R. hat von solchen Vermuthungen abgesehen (I, 1 § 39, I, 12 § 461)[4]), ebenso das sächs. G. B. § 2007, die thüring. Erbgesetze, das österr. G. B. § 25, der hess. Entw. Art. 7 und Mommsen § 7 Abs. 2 (dessen Mot. S. 136, 137). Die zuletzt bezeichneten Rechte stellen andererseits die Vermuthung auf, daß der Tod alle gleichzeitig betroffen habe. Allein eine Vermuthung ist überhaupt entbehrlich. Wenn auch anzuerkennen ist, daß ein derartiges gemeinsames Umkommen in der neueren Zeit noch häufiger vorkommt, als in den Zeiten geringeren Verkehres, insbesondere bei der Auswanderung ganzer Familien, bei dem Untergange von Schiffen, bei dem Zusammenstoße von Eisenbahnzügen, bei Theaterbränden u. dergl., so läßt sich doch eine Vermuthung, ohne zur Willkür zu greifen, nicht aufstellen. Da auch im Allgemeinen Theile Vorschriften für den Fall des Todes bei einer gemeinsamen Gefahr nicht gegeben sind (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 32), so würde mit einer Vermuthung des gleichzeitigen Todes der mehreren Personen nichts gewonnen sein. Mit Hülfe der allgemeinen Beweisgrundsätze und insbesondere des § 4 wird im Wesentlichen das gleiche Ergebniß wie nach jenen Rechten sich herausstellen.

Vermuthung des Ueberlebens für gleichzeitig Umgekommene.

§ 2028.

Zu bestimmen, daß die angefallene Erbschaft ausgeschlagen werden kann (Abs. 1), möchte entbehrlich erscheinen. Allein der § 2025 setzt eine solche Vorschrift nur voraus; dieselbe wird daher durch den § 2025 nicht überflüssig[5]).

II. Ausschlagung und Annahme.

Das Ausschlagungsrecht ist nicht ein höchstpersönliches Recht des Erben, vielmehr kann dieses Recht, wenn der Erbe stirbt, solange er das Recht noch

1. Ausschlagung.

[1]) Windscheid § 619; Roth § 396 IV.
[2]) Windscheid § 520 Anm. 5.
[3]) Windscheid § 53 Anm. 5, 6; Roth § 296 Anm. 8.
[4]) Vergl. Dernburg I § 41 Anm. 13; Eccius § 19 Anm. 24.
[5]) Vergl. hess. Entw. Art. 226 Abs. 2.

auszuüben befugt ist, auch von dem Erben des Erben ausgeübt werden (Abs. 2). Vorausgesetzt wird damit die erst in den §§ 2030 ff. behandelte Möglichkeit des Verlustes des Ausschlagungsrechtes. Dieser Umstand nöthigt nicht, die Vorschrift an eine andere Stelle zu versetzen; denn, daß ein Recht zu bestehen aufhört, ist schon an sich nicht ausgeschlossen. Dagegen bedarf es nicht der besonderen Hervorhebung, daß die Erbschaft auf den Erben des Erben übergeht, wenn der Erbe stirbt, während ihm die Ausschlagung noch offen steht. Der Uebergang der Erbschaft auf den Erben des Erben ist eine nothwendige Folge des dem § 2025 in Verbindung mit dem § 1749 zu Grunde liegenden Grundsatzes. Wenn das Vermögen des Erblassers kraft des Gesetzes auf den Erben übergeht, vorbehaltlich des Ausschlagungsrechtes, so versteht es sich von selbst, daß der Erbe dieses von ihm, wenn auch zunächst nur provisorisch, erworbene Vermögen weiter vererbt. Zwar spricht das preuß. A. L. R. I, 9 § 370, verbunden mit § 368, den bezeichneten Grundsatz aus, obschon auch das A. L. R. in der Hauptsache auf dem gleichen Boden wie der Entwurf steht. Allein durch Aufnahme einer solchen Vorschrift könnte die Tragweite des § 2025 leicht eine Verdunkelung erfahren.

Uebergang des Ausschlagungsrechtes.

Zu besorgen ist nicht, es werde aus der provisorischen Natur des Erwerbes der Erbschaft, verbunden mit der rückwirkenden Kraft der Ausschlagung, abgeleitet werden, die Rechtsstellung des Erben sei in gleicher Weise eine höchstpersönliche wie bei der zu einer solchen Stellung des Erben führenden Theorie des Erwerbes durch Antretung. Jedenfalls ist kein Zweifel in dieser Richtung möglich, nachdem bestimmt ist, daß das Ausschlagungsrecht auf den Erben des Erben übergeht.

Sachlich stimmt hiermit auch das gemeine Recht für den Erbschaftserwerb durch sui überein[1]).

Anwachsungsrecht.

Darüber, wie es sich mit dem Anwachsungsrechte gegenüber Erben des Berufenen verhält, enthält sich der Entwurf einer Vorschrift. Was in dieser Hinsicht bestimmt werden könnte, nämlich daß die Vorschriften über Anwachsung auch dem Erben des Berufenen zu Statten kommen, ist eine Folge der §§ 1972, 2042 Abs. 1, § 2048. Die Aufnahme einer Entscheidung könnte das Mißverständniß zur Folge haben, es habe etwas Besonderes bestimmt werden sollen.

Mit dem österr. G. B. § 809 den Fall vorzusehen, daß der Erblasser eine Person zum Erben eingesetzt, zugleich aber angeordnet hat, diese Person solle nicht mehr Erbe sein, wenn sie zwar nach ihm, aber vor dem definitiven Erwerbe der Erbschaft sterbe, würde nicht angemessen sein. Wird einer derartigen Anordnung die Deutung gegeben, daß der Erblasser an die Stelle des Erwerbes der Erbschaft kraft des Gesetzes den Antretungserwerb habe setzen wollen, so könnte die Vorschrift den Gedanken erwecken, es sei dem Erblasser

---

[1]) Windscheid § 595 Anm. 14. Im Uebrigen nimmt das gemeine Recht an, der Anfall sei höchstpersönlicher Natur; die Regel wird aber durch die weitgreifenden Transmissionsgrundsätze durchbrochen; Windscheid §§ 600, 601; Roth § 366.

gestattet, den Grundsatz des Erwerbes kraft des Gesetzes durch seinen Willen zu ändern. Dies steht jedoch nicht in seiner Macht; insoweit ist die Vorschrift des § 2025 zwingendes Recht. Der Anordnung läßt sich aber auch der Sinn beilegen, der Erbe habe unter der auflösenden Bedingung eingesetzt sein sollen, daß er vor Annahme der Erbschaft sterbe. In einem solchen Falle würde der Erbe nur Vorerbe sein. Alsdann kann bezweckt sein, es solle bei den allgemeinen Grundsätzen für bedingte Erbeinsetzung verbleiben, oder aber, es solle das Besondere hinzutreten, daß, wenn die Bedingung erfüllt ist, auch die Früchte der Zwischenzeit herauszugeben seien. Es fehlt an genügendem Anlasse, mit einer positiven Vorschrift einzugreifen, zumal letztwillige Verfügungen dieses Inhaltes voraussichtlich sehr selten vorkommen werden. Zu ermitteln, welche Bedeutung der Anordnung nach dem Willen des Erblassers zukommen soll, bleibt besser der Prüfung des einzelnen Falles überlassen.

Ausschlagung seitens eines der mehreren Erbeserben.

Die Auffassung, daß mehrere Erben des Erben nur gemeinsam ausschlagen können, lehnt der dritte Absatz ab. Nach den allgemeinen Grundsätzen kann es zweifelhaft sein, ob, wenn der Erbe, während ihm das Ausschlagungsrecht zusteht, mit Hinterlassung mehrerer Erben stirbt, jeder dieser Erbeserben das Ausschlagungsrecht selbständig in Ansehung des seinem Erbtheile entsprechenden Theiles der provisorisch erworbenen Erbschaft habe. Insbesondere läßt sich die Ansicht aufstellen, die Erben des Erben könnten das Ausschlagungsrecht nur gemeinsam in Ansehung der ganzen provisorisch erworbenen Erbschaft ausüben, wie auch nach dem § 2036 die Ausschlagung nicht auf einen Theil der Erbschaft beschränkt werden kann. So bestimmt in der That der code civil Art. 782 und so bestimmt der Entwurf im § 433 in Ansehung der Ausübung des Rücktrittsrechtes von dem Vertrage. Wäre diese Auffassung auch für den Erbschaftserwerb theoretisch richtig, was dahingestellt bleiben kann, so entspricht es doch unverkennbar der Billigkeit und den Verkehrsbedürfnissen ungleich mehr, jedem Erben für den auf ihn fallenden Theil ein selbständiges Ausschlagungsrecht zu geben. Können die Erben das Ausschlagungsrecht nur gemeinsam und einheitlich ausüben, so genügt der Widerspruch eines einzigen vielleicht nur gering betheiligten Erben, um die Ausschlagung der überlasteten Erbschaft zu verhindern. Wenn nun auch das Inventarrecht den Erben einen Schutz gegen die Haftung mit dem eigenen Vermögen bietet, so ist es doch schon in hohem Grade lästig, in die Stellung eines Inventarerben gedrängt zu werden. Verwickelungen sind daraus, daß von den mehreren Erben des Erben der eine seinen Theil annimmt, der andere seinen Theil ausschlägt, nicht zu besorgen. Die Lösung der Frage, wem der Theil des Ausschlagenden zufällt, ergiebt sich aus der Rückbeziehung der Ausschlagung (§ 2042 Abs. 1). Ein Bedenken in Ansehung der Gläubiger des Erblassers der Erben besteht nicht. Da die Gläubiger sich gefallen lassen müßten, daß die Erben insgesammt die Erbschaft ausschlagen, so gewährt ihnen der Umstand, daß einer der Erben jene Erbschaft annimmt, nur den Vortheil, daß für die Haftung des einen Erben dasjenige, was dieser aus der Erbschaft erhalten hat, umfänglich sich erweitert. Soweit die Anfechtung der Ausschlagung ihrerseits etwa zulässig ist, weil die

provisorisch erworbene Erbschaft für die Befriedigung ihrer Ansprüche gleichfalls haftet, bleibt die Anfechtung zulässig.

Vorerben und Nacherben.

Möglich ist auch, daß der vor Ablauf der Ausschlagungsfrist verstorbene Erbe Vorerben und Nacherben eingesetzt hat, und daß die provisorisch erworbene Erbschaft als Theil des Nachlasses an den Vorerben gelangt. Die Frage läßt sich aufwerfen, ob nicht dem Vorerben die Befugniß beizulegen sei, mit Wirkung für den Nacherben die Erbschaft auszuschlagen. Die Auffassung kann vertreten werden, der Vorerbe sei hierzu ohne eine besondere Vorschrift nicht befugt; denn gegenüber dem Grundsatze des Erwerbes kraft des Gesetzes stelle sich, wenigstens formal, die Ausschlagung als Verfügung über einen der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstand im Sinne des § 1828 dar; eine seitens des Vorerben ohne Zuziehung des Nacherben bewirkte Ausschlagung werde daher im Falle der Nacherbfolge in Gemäßheit des § 1828 als unwirksam zu behandeln sein. Ob eine solche Gestaltung im Interesse des Nacherben geboten und also sachlich richtig ist, oder ob sie als innerlich nicht gerechtfertigt und den Verkehrsbedürfnissen nicht entsprechend zu erachten ist, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls erscheint der Fall nicht dazu angethan, zum Gegenstande einer besonderen gesetzlichen Entscheidung gemacht zu werden. Ein solcher Fall kommt nur ausnahmsweise vor. Schlägt in dem bezeichneten Falle der Vorerbe aus, so wird die Sachlage fast immer eine solche sein, daß die Ausschlagung im Interesse des Vorerben ebensowohl als in dem des Nacherben liegt, sodaß der Nacherbe nicht veranlaßt sein wird, sich dagegen aufzulehnen, auch wenn er dazu befugt sein sollte. Ueberdies handelt es sich in dem vorausgesetzten Falle um eine der zahlreichen rechtswissenschaftlichen Fragen, zu welchen das Institut der Vorerbschaft Anlaß bietet. Die Beantwortung dieser Frage der Praxis und Wissenschaft zu entziehen und durch eine positive Vorschrift einzugreifen, ist im Interesse der Rechtssicherheit nicht geboten.

§ 2029.

2. Annahme. Erlöschen des Ausschlagungsrechtes.

Die Vorschrift bringt den terminologischen Begriff „Annahme der Erbschaft". Unter denselben fällt die Versäumung der in den §§ 2030 ff. geregelten Ausschlagungsfrist. Ferner wird bestimmt, daß das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, auch durch die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, Erbe sein zu wollen, erlischt. Dadurch wird festgestellt, wie der mit dem Anfalle eingetretene provisorische Erwerb der Erbschaft zu einem definitiven wird. Daß diese Umwandlung sich vollzieht durch die ausdrückliche Erklärung, Erbe sein zu wollen, sowie durch die Versäumung der Ausschlagungsfrist, kann nicht zweifelhaft sein[1]).

Pro herede gestio.

Dagegen kann bezweifelt werden, ob die Erklärung des Erben, Erbe sein zu wollen, auch stillschweigend, durch schlüssige Handlungen, abgegeben

[1]) Windscheid § 599 Anm. 3, § 598 Anm. 7 (vom Richter gesetzte Antretungsfrist); preuß. A. L. R. I, 9 § 412, wegen der Worte „zum Nachtheile eines Dritten" vergl. Eccius § 269 Anm. 56; code civil Art. 778, 783, vergl. 802; sächs. G. B. §§ 2251, 2257; Mommsen § 221; hess. Entw. Art. 259.

werden kann (pro herede gestio). Das Institut der pro herede gestio läßt sich unter den Gesichtspunkt bringen, daß der Erbe, welcher sich in die Erbschaft einmische, gewissermaßen zur Strafe die Ausschlagungsbefugniß verlieren soll (vergl. code civil Art. 792; hess. Entw. Art. 352). Allein eine solche Auffassung des Institutes entspricht weder der geschichtlichen Entwickelung noch dem geltenden Rechte. Die angerufenen Stellen des code civil und des hess. Entw. betreffen auch nur das Verheimlichen von Nachlaßgegenständen (diverti ou recelé), nicht eigentlich die pro herede gestio. Die Auffassung kann daher außer Betracht bleiben.

Bedenken gegen,

Gegen die Zulassung des Verzichtes auf das Ausschlagungsrecht durch stillschweigende Willenserklärungen — und um einen solchen Verzicht handelt es sich in Wirklichkeit nach der Auffassung des Entwurfes bei dieser Annahme der Erbschaft — lassen erhebliche Bedenken sich geltend machen. Jeder stillschweigenden Willenserklärung haftet etwas Unsicheres an; dies gilt in erhöhtem Maße von der pro herede gestio. Der Schluß aus einer Handlung des Erben auf den Willen, Erbe zu sein, kann um so leichter trügen und von dem Einen so, von dem Anderen anders gezogen werden, als es sich zugleich darum handelt, festzustellen, ob nur eine fürsorgliche Verfügung vorliegt. Das Institut hat auch in der Praxis zu Unzuträglichkeiten geführt, zumal dann, wenn erst nach Verlauf einer längeren Zeit darauf zurückgegriffen worden ist von Gläubigern, welche zunächst mit ihren Ansprüchen nicht hervorgetreten sind. Dazu kommt, daß es nahe liegt, schon bei der Wichtigkeit des Verzichtes auf das Ausschlagungsrecht, eine unzweideutige Kundgebung zu fordern, um so mehr, als der Verzicht dinglich (in rem) wirkt und seine Bedeutung sich auf eine nichtgeschlossene Zahl von Betheiligten erstreckt. Weiter mindert sich das praktische Bedürfniß für die Zulassung des Institutes gegenüber der kurzen Frist, welche der § 2030 für die regelmäßigen Fälle festsetzt. — Als ein Uebelstand des Institutes muß ferner bezeichnet werden, daß seine Zulassung unter Umständen die Folge haben kann, daß ein von dem Nachlaßgerichte ertheilter Erbschein sich als unrichtig herausstellt. Dies tritt insbesondere ein, wenn der Erbe die Ausschlagung erklärt hat und in Folge dessen dem nächstberufenen Erben ein Erbschein ausgestellt worden ist, später aber sich ergiebt, daß der erstberufene Erbe nicht mehr ausschlagen konnte, weil er im Wege der pro herede gestio bereits das Ausschlagungsrecht verloren hatte. Endlich ist die Zulassung des Institutes nicht unbedenklich gegenüber der im § 2032 bestimmten Formalisirung der Ausschlagungserklärung.

Gründe für die Aufnahme des Institutes.

Allein die pro herede gestio ist ein von allen geltenden Rechten zugelassenes Institut[1]); einige Rechte zählen diejenigen Handlungen auf, bei deren Vornahme eine stillschweigende Annahme der Erbschaft angenommen oder nicht angenommen werden soll. Daraus geht schon hervor, daß den vorerwähnten Unzuträglichkeiten gewichtige Gründe für die Zulassung des Institutes gegenüberstehen. Wenn im Gebiete des preuß. A. L. R. besonders

[1]) Windscheid § 596 Anm. 7; Roth § 363 Anm. 8—11; preuß. A. L. R. I, 9 § 420; code civil Art. 778—780; sächs. G. B. §§ 2252, 2253; Mommsen § 21; hess. Entw. Art. 230—232; u. A.

mißliche Erfahrungen in dieser Hinsicht gemacht worden sind, so dürfte dies damit im Zusammenhange stehen, daß nach dem A. L. R. (I, 9 §§ 424—427) die Frist zur Erhaltung der Inventarwohlthat eine gesetzliche ist. Da in Folge dessen der Erbe, welcher die Frist unbenutzt verstreichen läßt, vollhaftender Erbe wird, so ergiebt sich der Anreiz für die Gläubiger, welche aus der Erbschaft nicht oder nur unvollkommene Befriedigung erlangt haben würden, nachträglich mit der Behauptung aufzutreten, der Erbe habe sich in die Erbschaft eingemischt, um so von dem Erben selbst aus dessen Vermögen volle Befriedigung zu erlangen. Nach dem Entwurfe ist dagegen die Inventarfrist dem Erben nur auf Antrag eines Gläubigers von dem Nachlaßgerichte zu setzen (§ 2095). Damit entfällt dieser Anreiz von selbst. Das Bedenken in Ansehung des Erbscheines erledigt sich zum großen Theile durch die Vorschriften der §§ 2076, 2077, wenigstens soweit dadurch Dritte, welche auf die Richtigkeit des Erbscheines sich verlassen haben, gefährdet werden möchten. Die Formalisirung des ausdrücklichen Verzichtes auf das Ausschlagungsrecht nöthigt nicht dazu, das Institut aufzugeben. Darauf wird zum § 2032 einzugehen sein.

Für die Zulassung des Institutes spricht noch vorzugsweise Folgendes. An sich widerspricht es dem Rechtsgefühle, daß ein Erbe, welcher mit der angefallenen Erbschaft nach Willkür geschaltet und gewaltet hat, die Erbschaft soll nachträglich ausschlagen und damit bewirken können, daß er so zu behandeln ist, als sei er nie Erbe geworden (§ 2042 Abs. 1). Anstößig erscheint ferner die Folge, welche sich an die Zulassung einer späteren Ausschlagung anknüpfen würde, daß die von dem Erben in der Zwischenzeit über Erbschaftsgegenstände getroffenen Verfügungen als unberechtigte sich darstellen müßten. In dieser Hinsicht würden, insbesondere zum Schutze der an den Erben leistenden Erbschaftsschuldner, besondere Vorschriften gegeben werden müssen. Die mit dem Erben in Verkehr tretenden Dritten und die Erbschaftsschuldner darauf zu verweisen, daß es ihre Aufgabe sei, die Vorlegung eines Erbscheines zu verlangen und sich dadurch die in den §§ 2076, 2077 bezeichnete Sicherheit zu verschaffen, könnte nicht genügen. Denn im Leben pflegen die Betheiligten auch da, wo das Institut des Erbscheines bereits besteht, sich zumeist damit zu begnügen, daß der berufene Erbe als Erbe handelt und der Entwurf wird kaum ein anderes Ergebniß durch die Aufnahme des Institutes des Erbscheines erreichen, zumal ein Erbschein, wie nach den meisten geltenden Rechten, in Gemäßheit des § 2068 regelmäßig nur einem gesetzlichen Erben ausgestellt wird. Ganz besonders aber ist die Beibehaltung der pro herede gestio im Interesse der Nachlaßgläubiger erforderlich. Diesen kann nicht wohl zugemuthet werden, mit der Geltendmachung ihrer Ansprüche bis nach dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist zu warten (§ 2057), wenn der Erbe nicht mehr deliberirt, sondern in Wirklichkeit bereits angenommen hat. Von nicht geringerem Gewichte ist, daß die Gläubiger sich den haftenden Erben erst suchen sollen, wenn der Erbe, obschon er thatsächlich verfügt und vielleicht die Erbschaftsgegenstände verschleudert hat, ausschlägt, und in einem solchen Falle nicht selten nur an den an letzter Stelle stehenden Fiskus, welcher nicht ausschlagen kann, verwiesen sein würden. Zwar hat der an die Stelle des Ausschlagenden tretende Erbe

gegen diesen Ausschlagenden einen Ersatzanspruch wegen seines unberechtigten Verhaltens, und diesen Anspruch könnten sich die Gläubiger überweisen lassen. Allein der Regel nach bietet ein solcher Anspruch nicht entfernt die Sicherheit, welche die Gläubiger gehabt haben würden, wenn sie sofort gegen den ersten als Erben Berufenen hätten vorgehen können. Endlich ist auch die Lage des schließlich eintretenden Erben, insbesondere des Fiskus, in dem bezeichneten Falle zu berücksichtigen.

Ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung.

Der Entwurf bringt diese Auffassung zur Geltung, indem er von ausdrücklicher oder stillschweigender Erklärung, Erbe sein zu wollen, als Erlöschungsgrund des Ausschlagungsrechtes spricht. Dies kann insofern überflüssig erscheinen, als nach dem § 72 (Motive des Allg. Th. S. 153) davon auszugehen ist, es sei, wenn das Gesetz von Willenserklärung spricht, darunter sowohl eine ausdrückliche als eine stillschweigende Erklärung zu verstehen. Indessen ist mehrfach im Entwurfe ein Hinweis, daß auch eine stillschweigende Erklärung zulässig sei, dann gegeben, wenn ein besonderes Bedürfniß obwaltet, dies zu betonen (vergl. z. B. §§ 81, 86 Abs. 3, § 127 Abs. 2, §§ 354, 667 Abs. 2, § 684 Abs. 2, § 742). Ein solcher Hinweis ist hier in gleicher Weise angemessen, wenn nicht geboten.

Mit einigen geltenden Rechten näher anzugeben, wann eine stillschweigende Willenserklärung der einschlagenden Art vorliegt, ist nicht rathsam. Der Entwurf hat überall von dem Versuche einer derartigen Bestimmung abgesehen. Der Versuch würde auch hier nur zu einer nicht erschöpfenden und deshalb nicht ungefährlichen Kasuistik führen.

Mit einigen Rechten Handlungen, welche zur Sicherung des Nachlasses oder zur Erhaltung desselben im wirthschaftlichen Bestande dienen[1]), auszuscheiden als solche, welche eine pro herede gestio ausschließen, ist weder erforderlich noch zweckmäßig. Eine Klarstellung dahin, daß fürsorgliche Handlungen, welche der Erbe lediglich zum Zwecke der Sicherung des Nachlasses oder zur Erhaltung desselben in dem wirthschaftlichen Bestande vornimmt, nicht als pro herede gestio anzusehen sind, ist entbehrlich. Andererseits würde eine solche Vorschrift das Mißverständniß nahe legen, als solle es in Ansehung der bezeichneten Handlungen lediglich auf den objektiven Karakter derselben ankommen, während doch auch insoweit allein zu entscheiden hat, ob der Wille, Erbe zu sein, der Handlung nach der Sachlage zu entnehmen ist.

§ 2030.

3. Ausschlagungsfrist.

Der Grundsatz des Erwerbes kraft des Gesetzes erfordert eine Regelung der Ausschlagungsfrist. Der erste Absatz bestimmt über die Dauer der Frist. Für den Regelfall wird, im Anschlusse an das preuß. A. L. R. I, 9 § 384, eine Frist von sechs Wochen, für den Fall aber, daß der Erbe bei dem Beginne der Frist im Auslande sich aufhält, oder daß der Erblasser seinen letzten

---

[1]) Preuß. A. L. R. I, 9 § 388 „Handlungen, welche keinen Aufschub leiden"; sächs. G. B. § 2253; Mommsen § 221 Abs. 4; hess. Entw. Art. 232.

Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat, eine Frist von sechs Monaten vorgeschrieben, während das preuß. A. L. R. I, 9 § 385 nur für den Fall, daß der Erbe im Auslande sich aufhält, eine besondere Frist von drei Monaten gewährt.

Dauer der Frist.

Für die Bemessung der gesetzlichen Frist können ausschließlich praktische Rücksichten entscheiden. Diese Rücksichten sprechen gegen die Bestimmung einer einheitlichen Frist von sechs Monaten. In den meisten Fällen würde eine solche Frist zu lang sein. Eine Frist von sechs Wochen ist zumeist für den Erben völlig ausreichend, um sich eine genügende Kenntniß von den für seinen Entschluß, ob er ausschlagen oder annehmen solle, maßgebenden Verhältnissen zu verschaffen, zumal ihm trotz des Ablaufes der Frist das Inventarrecht bleibt. Zu beachten ist dabei, daß auch das Interesse der allenfalls an Stelle des Wegfallenden Berufenen und der Nachlaßgläubiger Berücksichtigung verdient, und daß die Gläubiger durch eine längere Frist im Hinblicke auf den § 167 Abs. 2 wesentlich beeinträchtigt werden können.

Verweilt hingegen der Erbe bei Beginn der Frist im Auslande, so ist eine längere Frist erforderlich. Es kann nur darauf ankommen, wo der Erbe sich bei Beginn der Frist befindet, da nach dem zweiten Absatze die Kenntniß des Anfalles entscheidet, sodaß die Kenntniß aller einschlagenden Thatsachen erforderlich und der Zeitpunkt maßgebend ist, in welchem die Kenntniß aller Thatsachen zusammentrifft. Dem im Auslande weilenden Erben muß die Möglichkeit gewahrt bleiben, die Erklärung über die Ausschlagung rechtzeitig abzugeben. Hierzu würde eine Frist von drei Monaten noch in manchen Fällen zu kurz sein. Selbst bei den heutigen Verkehrsverhältnissen ist es nicht möglich, innerhalb der Frist von drei Monaten die für die Entscheidung, ob eine Ausschlagung angezeigt sei, erforderlichen Ermittelungen über die Verhältnisse anzustellen und zugleich eine die Ausschlagung enthaltende, in Gemäßheit des § 2032 formalisirte Erklärung an das Nachlaßgericht gelangen zu lassen, zumal nach dem § 2032 eine telegraphische Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte nicht zulässig sein würde. Eine Frist von sechs Monaten erscheint aber auch für diese Fälle ausreichend. Zu unterscheiden, je nachdem der Erbe in diesem oder jenem Lande oder Erdtheile verweilt, ist weder zweckmäßig noch nothwendig. Die Berücksichtigung der Möglichkeit einer Rückkehr des Erben oder der wirklichen Rückkehr desselben würde zu einer mißlichen Kasuistik führen.

Dieselben Gründe, welche die geräumigere Frist für den im Auslande verweilenden Erben erforderlich machen, sprechen auch dafür, dieselbe längere Frist für den Fall zu bestimmen, daß der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande hatte. Getroffen wird damit zugleich der Fall, daß der Erblasser seinen letzten Wohnsitz an einem Orte hatte, welcher nicht zum Gebiete des Deutschen Reiches gehört, an welchem aber Deutsches Recht gilt (die Konsulats- und Schutzgebiete), ohne Unterschied, ob die Erben im Inlande oder im Auslande sich befinden. Wegen des Wortes „nur" vor „im Auslande" vergl. C. P. O. § 568 Abs. 2, § 594 Abs. 2.

Beginn der Frist.

Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem der Erbe Kenntniß davon erlangt hat, daß die Erbschaft ihm angefallen und aus welchem Grunde der Anfall erfolgt ist (Abs. 2). Die Vorschrift deckt alle Fälle der Berufung

und erledigt zugleich die Fälle des Irrthumes. Erfordert wird das Wissen des Erben, daß der provisorische Erwerb sich vollzogen hat.

Für die gesetzliche Erbfolge muß, um den Zwecken der Ueberlegungsfrist und dem Interesse des Erben gerecht zu werden, die Kenntniß des provisorischen Erwerbes in Gemäßheit des § 2025 verlangt werden. Die Umstände des einzelnen Falles ergeben danach, was der Erbe wirklich wissen muß. Ihm muß bekannt sein: der Erbfall, sein Verhältniß als Verwandter oder Ehegatte, auf Grund dessen das Gesetz ihn als Erben beruft, aber auch, daß kein Verwandter ihm vorgeht, oder daß der vorgehende und ihn ausschließende Verwandte weggefallen ist. Weiter muß ihm bekannt sein, daß eine letztwillige Verfügung nicht vorliegt, welche das gesetzliche Erbfolgerecht ausschließt, wenigstens insofern, als die irrthümliche Annahme, eine solche Verfügung liege vor, die Kenntniß von dem Anfalle dergestalt ausschließt, daß die Frist nicht beginnen kann. Weiß der Erbe nicht, daß die letztwillige Verfügung, deren Vorhandensein ihm bekannt war, nichtig ist, so kann gleichfalls die Frist nicht beginnen. In gleicher Weise wirkt jeder Irrthum, welcher die Kenntniß von dem Anfalle hindert, solange der Irrthum nicht beseitigt ist, und selbst der Rechtsirrthum, welcher auf Nichtkenntniß der einschlagenden gesetzlichen Vorschriften beruht. Die Berücksichtigung eines solchen Rechtsirrthumes erscheint deshalb nicht bedenklich, weil der Erbe denselben zu beweisen hat.

Für die Berufung durch letztwillige Verfügung führt der gleiche Grundsatz zu einem befriedigenden Ergebnisse, jedoch ist hinzugefügt, daß die Frist nicht vor der Verkündung der Verfügung beginnen kann. So bestimmt auch das preuß. A. L. R. I, 12 § 242[1]). Erforderlich ist also die Kenntniß von der den Anfall begründenden Anordnung, nicht aber eine amtliche Mittheilung, zumal eine solche häufig nicht erfolgt, da auf die Mittheilung verzichtet werden kann und nicht selten verzichtet wird (§ 1939 Abs. 1). Die Zustellung einer Mittheilung oder gar eine Ersatzzustellung entscheiden zu lassen, würde zu Härten führen, weil eine solche Zustellung nicht immer dazu führt, daß der Berufene wirklich von dem maßgebenden Inhalte der letztwilligen Verfügung Kenntniß erlangt. Daß die Frist nicht vor der Verkündung zu laufen beginnt, ist vorgeschrieben, um Streitigkeiten zu verhüten, und rechtfertigt sich auch wegen der Möglichkeit einer Aenderung der Verfügung.

Die Folgerichtigkeit gebietet, in Ansehung der Berufung durch Erbeinsetzungsvertrag das Gleiche zu bestimmen, falls der Erbeinsetzungsvertrag nach dem § 1945 der Verkündung bedarf. In Ansehung des Erbeinsetzungsvertrages kommt vorzugsweise der Fall in Betracht, daß ein Dritter, nicht der andere Vertragschließende, als Erbe eingesetzt ist.

Mit der Praxis im Gebiete des preuß. A. L. R. eine Ausnahme zu machen für den Fall, daß der Erbe erst in Folge der Ausschlagung eines anderen Erben berufen ist, und in diesem Falle die Frist erst mit der Mittheilung von der Ausschlagung seitens des Nachlaßgerichtes (vergl. § 2042

---

[1]) Vergl. Entsch. d. R. O. H. G. Bd. 12 S. 437, d. R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 725, Dernburg § 218 Anm. 11, Eccius § 269 Anm. 10.

Abs. 2 Satz 3) beginnen zu lassen[1]), kann nicht für angemessen erachtet werden und wäre insofern bedenklich, als das Nachlaßgericht nicht selten kaum mit Sicherheit wird ermitteln können, wer der nunmehr Berufene ist. Die Mittheilung wird daher oft auf Schwierigkeiten stoßen. Die Kenntniß von dem Anfalle erscheint ausreichend.

Die Vorschrift genügt auch für den Fall, daß die letztwillige Verfügung wegen eines Formmangels oder aus einem anderen Grunde nichtig ist; sie trifft ferner den Fall, daß die Einsetzung eines Erben unter einer Bedingung erfolgt ist.

Aufschiebende Potestativbedingung.

Eine besondere Vorschrift für den Fall, daß der Erbe unter einer aufschiebenden Potestativbedingung eingesetzt ist, findet sich im gemeinen Rechte[2]), im preuß. A. L. R. I, 12 §§ 494, 495, im sächs. G. B. § 2266 und bei Mommsen § 231 Abs. 2. Der Entwurf bedarf einer besonderen Vorschrift nicht, nachdem der § 1808 dem unter einer aufschiebenden Bedingung Eingesetzten, also auch dem unter einer solchen Potestativbedingung Eingesetzten, die Rechtsstellung eines Nacherben zugewiesen hat. Der Vorerbe hat regelmäßig kein Interesse, den Nacherben zur Erfüllung der Bedingung zu treiben. An einem beachtenswerthen Interesse anderer Betheiligter, welchen ein Erbe stets gegenübersteht, fehlt es ebenfalls. Hiernach besteht kein Anlaß, den Willen des Erblassers zu brechen. Dies würde aber durch Aufnahme solcher Vorschriften, wenigstens in manchen Fällen, geschehen.

Die Bedeutung der Vorschrift des zweiten Absatzes wird klargestellt durch die Worte „und aus welchem Grunde der Anfall erfolgt ist". Zur Kenntniß des Anfalles ist, wie aus dem Vorstehenden erhellt, auch die Kenntniß des besonderen Anfallsgrundes unentbehrlich. Dies ausdrücklich hervorzuheben, ist zum richtigen Verständnisse der §§ 2033 ff. zweckmäßig.

Hemmung der Frist.

Die Vorschriften der §§ 164, 166 werden für entsprechend anwendbar erklärt (Abs. 3).

Soweit der § 166 in Betracht kommt, ist die Entscheidung insbesondere zum Schutze einer Person, für welche der gesetzliche Vertreter die Erklärung abzugeben hat, erforderlich (vergl. § 1785). Ohne den hierdurch gewährten Schutz könnte es sich leicht zutragen, daß ein gesetzlicher Vertreter zwar bei dem Beginne der Frist vorhanden gewesen ist und deshalb die Frist zu laufen begonnen hat, dem statt jenes nach dessen Wegfalle eingetretenen anderen Vertreter aber die Frist nicht mehr oder nur in beschränktem Umfange zu statten kommt. Soweit die Vorschrift den § 164 betrifft, ist sie deshalb angemessen, weil im Falle des Stillstandes der Rechtspflege die Erklärung überhaupt nicht abgegeben werden kann.

Kenntniß des Vertreters.

Darauf, ob die Kenntniß und der Aufenthaltsort des Vertreters entscheidet[3]), ist hier des Näheren nicht einzugehen. Die Vorschrift des § 117

---

[1]) Vergl. Entsch. d. Ob. Trib. Bd. 13 S. 140, Dernburg § 218 Anm. 10, Eccius § 269 Anm. 13.

[2]) Windscheid § 598 Anm. 5—7; Roth § 363 S. 680—682.

[3]) Vergl. Eccius § 269 Anm. 9.

bezieht sich freilich nur auf das rechtsgeschäftliche Handeln des Vertreters (Motive des Allg. Th. S. 226 ff.) und läßt sich nicht verwenden für Entscheidung der Frage, ob für den Beginn und die Dauer der Ausschlagungsfrist die Kenntniß und der Aufenthalt des gesetzlichen Vertreters einer geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person maßgebend ist. Allein eine besondere Entscheidung für diesen einzelnen Fall würde nicht angemessen sein, wenn auch gegenüber der Auffassung des Entwurfes von der Stellung des gesetzlichen Vertreters und des Vormundes insbesondere als richtig anzuerkennen ist, daß dessen Kenntniß und Aufenthaltsort als maßgebend anzusehen sein wird.

Gesetzliche Präklusivfrist.

Der Entwurf bestimmt hier eine gesetzliche Präklusivfrist. Selbstverständlich kann der Erblasser diese Frist nicht ändern, falls ihm das Gesetz die Befugniß dazu nicht beilegt. Deshalb bedarf es nicht einer Vorschrift, daß (wie das sächs. G. B. § 2264 und Mommsen § 230 bestimmen) Verfügungen des Erblassers, welche die Frist beschränken oder erweitern, bedeutungslos sind. Ebenso ist eine Verlängerung der Ausschlagungsfrist durch das Nachlaßgericht (sächs. G. B. §§ 2266, 2268; Mommsen §§ 230, 233) unzulässig. Es würde höchst bedenklich sein, dem Nachlaßgerichte die Befugniß beizulegen, auf Antrag des Erben die Frist zu verlängern. Ein Bedürfniß hierfür besteht nicht. Zudem könnte eine solche Vorschrift zu einer das Interesse der Betheiligten in hohem Maße gefährdenden Praxis führen.

Daß die an die Versäumung der Frist geknüpfte Rechtsfolge von selbst und mit Wirkung für alle Betheiligten eintritt, versteht sich von selbst und ist deshalb nicht besonders hervorzuheben.

Pflichttheilsberechtigte Erben.

Einer besonderen Erwähnung bedarf es ferner nicht, daß der § 2030 für alle Erben, also auch für die als Erben eingesetzten Pflichttheilsberechtigten, gilt. Die hierüber im geltenden Rechte bestehenden Streitfragen[1]) sind nach dem Entwurfe (§§ 1975 ff.) gegenstandslos. Wegen des als Erbe beschränkten oder beschwerten Pflichttheilsberechtigten bestimmt der § 2034.

Beginn der Frist für einen nasciturus.

Auch des Falles, daß ein nasciturus als Erbe in Betracht kommt, ist hier nicht besonders zu gedenken. Nach dem § 2026 gilt zwar eine zur Zeit des Erbfalles bereits empfangene Person in Ansehung des Anfalles der Erbschaft als vor dem Erbfalle geboren. Daraus kann jedoch nicht gefolgert werden, es sei auch die für den Beginn der Ausschlagungsfrist erforderliche Kenntniß des Vertreters zurückzubeziehen, zumal, wie S. 488 ff. erwähnt, nur die rechtlichen Wirkungen des Erwerbes der Erbschaft seitens des in der Folge geborenen nasciturus zurückbezogen werden. Die Ausschlagungsfrist kann erst von der Kenntniß des Anfalles an laufen, wie der § 2030 vorschreibt; diese Kenntniß kann nicht vor der Geburt des Empfangenen eintreten.

Todeserklärung.

Endlich ist die Todeserklärung nicht ausdrücklich zu erwähnen (vergl. zum § 1749). Auch ohne eine besondere Vorschrift kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Berufene mit der Kenntniß von der Todeserklärung diejenige Thatsache erfahren hat, an welche das Gesetz nach dem § 21 Abs. 2 in Verbindung mit dem § 2025 den Anfall knüpft.

---

[1]) Vergl. Roth § 364 Anm. 14, 15; Eccius § 269 S. 591, 592.

§ 2031.

Tod des Erben vor Ablauf der Ueberlegungsfrist.

Einer besonderen Regelung bedarf der Fall, daß der Erbe vor Ablauf der Ausschlagungsfrist stirbt. In diesem Falle soll die Ausschlagungsfrist nicht ablaufen vor dem Ablaufe der für die Ausschlagung der Erbschaft des Erben bestimmten Frist. Die Fassung läßt erkennen, daß es nicht darauf ankommt, ob der Erbe des Erben von der ersten Erbschaft oder gar von deren nur provisorischem Erwerbe Kenntniß hatte. Nicht ausgeschlossen ist, daß der Erbe des Erben die zuerst angefallene Erbschaft ausschlägt, aber die zuletzt angefallene Erbschaft annimmt; dagegen ist es ihm nicht gestattet, wenn er die zuletzt angefallene Erbschaft ausschlägt, die seinem Erblasser angefallene Erbschaft anzunehmen. Auch hier muß der Grundsatz entscheiden, daß Kenntniß des Anfalles der auszuschlagenden Erbschaft erforderlich ist. Indessen darf aus Zweckmäßigkeitsgründen die Frist für die Ausschlagung der dem Erblasser angefallenen Erbschaft nicht ablaufen, solange nicht entschieden ist, ob der Erbe des Erben die zuletzt angefallene Erbschaft annimmt. So bestimmt auch das preuß. A. L. R. I, 9 § 397. Maßgebend ist diejenige Frist, welche für den Erben des Erben in Ansehung der Ausschlagung der Erbschaft seines unmittelbaren Erblassers bestimmt ist, mag diese auch eine sechsmonatige sein, selbst wenn dem Erblasser des Erben nur eine sechswöchige Frist zu statten gekommen wäre.

§ 2032.

4. Erklärung der Ausschlagung. Form.

Die Ausschlagungserklärung wird von dem Entwurfe formalisirt. Die Formalisirung ist erforderlich, nicht allein wegen der großen Wichtigkeit der Erklärung für das Schicksal des Nachlasses, sondern auch deshalb, weil dadurch das Nachlaßgericht die nöthige Sicherheit und Grundlage für die Ausstellung des Erbscheines gewinnt. Das gemeine Recht und das sächs. G. B. sowie die thüring. Erbgesetze formalisiren die Erklärung so wenig wie Mommsen's Entw., wohl aber das preuß. A. L. R. I, 9 §§ 398—400, der code civil Art. 784 und der hess. Entw. Art. 229, 349. Die Form ist nicht mehr zu erschweren, als der Zweck der Vorschrift erfordert. Erklärung vor dem Nachlaßgerichte zu erfordern, würde deshalb zu weit gehen, auch von dem geltenden Rechte sich entfernen. Die Vorschrift des § 1398 Abs. 1 kann in dieser Beziehung nicht entscheidend sein; sie betrifft den Verzicht auf den Antheil an dem Gesammtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft; für diesen Verzicht kommen andere Gesichtspunkte in Betracht. Wie in den Fällen des § 1266 Abs. 2, und des § 1475 Abs. 2 ist Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte vorgeschrieben, ähnlich wie in den Fällen des Grundbuchverkehres (vergl. z. B. §§ 834, 960, 965 Abs. 2, §§ 977, 1061, 1142), jedoch nur in öffentlich beglaubigter Form. Auch in den Fällen des Grundbuchverkehres handelt es sich darum, daß die Behörde eine streng einseitige Willenserklärung zu dem Zwecke entgegenzunehmen hat, damit durch die Abgabe und die Entgegennahme der Erklärung die Vollendung der Willenserklärung festgestellt werde.

Den Landesgesetzen bleibt Raum, zu bestimmen, ob die Beglaubigung durch das Gericht oder den Notar oder auf die eine wie die

andere Weise oder durch eine andere landesgesetzlich hierzu bestellte Behörde zu erfolgen hat. Zulässig ist ferner die Abgabe der Erklärung zum Protokolle des Nachlaßgerichtes und die Abgabe der Erklärung durch eine öffentliche Behörde in der Form einer öffentlichen Urkunde.

Erklärung durch einen Bevollmächtigten.

Die Erklärung durch einen Bevollmächtigten ist dahin geregelt, daß der Bevollmächtigte einer besonderen auf Abgabe der Erklärung gerichteten Vollmacht in öffentlich beglaubigter Form — also mandatum ad hoc — bedarf, und daß die Vollmacht beigefügt oder innerhalb der Ausschlagungsfrist nachgebracht werden muß (Satz 2, 3; vergl. Motive zum Allg. Th. S. 233). Die Vorschriften beziehen sich selbstverständlich nicht auf den gesetzlichen Vertreter[1]).

Nichtformalisirung der Annahmeerklärung.

Ueber die Erklärung der Annahme der Erbschaft bestimmt der Entwurf nicht. Diese Erklärung kann also wirksam ohne jede Form abgegeben werden[2]). Wie schon zum § 2029 (S. 497) angedeutet, würde eine Formalisirung der Annahmeerklärung sich mit der im § 2029 anerkannten pro herede gestio kaum vereinigen oder nur schwer durchführen lassen, da das Ausschlagungsrecht durch Verfügungen oder Handlungen des Erben, welche den Willen der Erbschaftsannahme nothwendig voraussetzen, verloren geht. Eingewendet kann nicht werden, die Formalisirung sei erforderlich, um festzustellen, daß nicht ein Monolog oder nur die Erklärung, die Annahme erst erklären zu wollen, vorliege, während bei der pro herede gestio ein objektives Moment für die Feststellung des wirklichen Willens des Erben gegeben sei. Denn auch dann, wenn pro herede gestio behauptet wird, ist nicht selten darüber zu befinden, ob jenes objektive Moment wirklich vorhanden ist. Eine abgegebene ausdrückliche Erklärung, annehmen zu wollen, ist ebenfalls im einzelnen Falle daraufhin zu prüfen, ob sie in der That die Willenserklärung der Annahme enthält. Würde auch für die Annahme eine Form vorgeschrieben, so müßte dies zu mannigfachen Zweifeln und Unzuträglichkeiten führen.

§ 2033.

Zeit der Erklärung.

Die Erbschaft kann nicht vor Beginn der Ausschlagungsfrist angenommen oder ausgeschlagen werden. Auf die Ausnahmen von dieser Regel, welche im § 1831 für die Vorerbschaft und im § 2034 für den Pflichttheilsberechtigten getroffen sind, wird durch den Vorbehalt „sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt" hingewiesen.

Die Annahme stets sofort nach dem Anfalle der Erbschaft zuzulassen (sächs. G. B. § 2254), geht nicht an. Als Erforderniß einer wirksamen

[1]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Windscheid § 599 Anm. 8—10; Seuffert's Arch. 15 Nr. 232, 21 Nr. 243; für preuß. A. L. R. Eccius § 269 Anm. 52 mit Anm. 37, Dernburg § 219 Anm. 8; sächs. G. B. § 2250; Mommsen § 219; hess. Entw. Art. 229, 349.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 9 §§ 392 ff., Dernburg § 219, Eccius § 269 S. 597; abweichend wohl code civil Art. 784, jedoch ist die Auffassung des Art. 784 nicht unbestritten.

Annahmeerklärung muß die wirkliche Kenntniß des Erben von dem Grunde, auf welchem der Anfall beruht, aufgestellt werden. Wenn hierzu auch nicht die Vorschriften des § 2030 über den Beginn der Ausschlagungsfrist nöthigen, so ist doch davon auszugehen, daß eine so wichtige Erklärung, wie die über die Annahme einer Erbschaft, nicht abgegeben werden kann, bevor der Erbe genügende Klarheit über die maßgebenden Verhältnisse erlangt hat. Hierzu gehört, daß der Erbe den Grund, auf welchem im einzelnen Falle der Anfall beruht, kennt. Diese Auffassung allein entspricht den Anforderungen des Lebens; denn es wird nicht leicht Jemand sich dazu verstehen, die Annahme einer Erbschaft zu erklären, bevor er den Grund des Anfalles kennt. Thatsächlich will dies auch das sächs. G. B., wenn es auch nur von dem Anfalle redet[1]). Besonders wichtig ist aber die Vorschrift mit Rücksicht auf die Grundsätze des Entwurfes über den Irrthum. Wäre lediglich der Anfall der Erbschaft maßgebend, so möchte es sich nicht rechtfertigen lassen, den Irrthum des Erben über den Grund des Anfalles anders denn als einen Irrthum in den Motiven (§ 102) anzusehen. Der Erbe würde alsdann an seine Erklärung gebunden sein, obschon er sehr wohl ein Interesse daran haben kann, davon frei zu werden, weil er aus dem Grunde, aus welchem er berufen ist und welchen er zur Zeit der Erklärung nicht kannte, niemals Erbe sein wollte. Die Vorschrift gilt auch für den Fall der stillschweigenden Annahme nach Maßgabe des § 2029. Eine stillschweigende Annahme kann gleichfalls nicht angenommen werden, wenn der Erbe nicht zugleich von dem Anfalle und von dem Grunde des Anfalles Kenntniß hat.

Die gleichen Gesichtspunkte treffen in Ansehung der Ausschlagung zu[2]).

Neben der im § 2033 geregelten Art der Annahme noch eine allgemeine, für jede Art der Berufung erfolgende Annahme zuzulassen, besteht kein Bedürfniß. Hiergegen spricht auch, daß unter einer solchen Vorschrift die Einfachheit des Gesetzes leiden würde, und daß, wenn der Fall besonders erwähnt würde, zu bestimmen sein würde für den weiteren Fall, daß der Erklärende trotz der allgemein gehaltenen Erklärung nur Willens war, die Annahme für eine bestimmte Art der Berufung zu erklären (vergl. §§ 98, 99).

§ 2034.

Ausschlagung des beschwerten Pflichttheilsberechtigten.

Nach dem § 1981 Abs. 1 kann der Pflichttheilsberechtigte, welcher als Erbe eingesetzt, aber beschränkt oder beschwert oder mit einem Pflichttheilsanspruche belastet ist, ausschlagen und den Pflichttheil fordern. Schlägt dagegen der Pflichttheilsberechtigte nicht aus, so wird ihm nach dem § 1981 Abs. 2 der nicht ausgeschlagene Erbtheil als nicht beschwert, nicht beschränkt oder nicht belastet in Rechnung gestellt. Die Nichtausschlagung enthält also in einem solchen Falle eine Art Ausschlagung des Pflichttheilsanspruches. Hiernach ist es erforderlich, den Pflichttheilsberechtigten besonders zu sichern. Der Entwurf

---

[1]) Vergl. Windscheid § 597 Anm. 1; Mommsen § 222.

[2]) Windscheid § 599 Anm. 11; Dernburg § 219 Anm. 19; Entsch. d. R. G. Bd. 16 S. 43; sächs. G. B. § 2258; Mommsen § 226.

bestimmt deshalb, daß für den Pflichttheilsberechtigten die Ausschlagungsfrist erst beginnt, nachdem er von der Beschränkung, Beschwerung oder Belastung Kenntniß erlangt hat (Abs. 1). Demgemäß wird das Recht der Ausschlagung durch eine vor diesem Zeitpunkte erklärte Annahme nicht ausgeschlossen. Diese Folge bedarf jedoch eines besonderen Ausdruckes nicht. Wegen des Anfechtungsrechtes des Pflichttheilsberechtigten, falls er einen beschränkten, beschwerten oder belasteten Erbtheil ausgeschlagen hat, während ohne sein Wissen die Beschränkung u. s. w. bereits mit allen Wirkungen weggefallen war, bestimmt der § 2040 Abs. 1.

Eine Sicherung des Pflichttheilsberechtigten ist ferner dann erforderlich, wenn er nur als Ersatzerbe eingesetzt ist. Ihm wird, in Abweichung von der Regel des § 2033, die Befugniß beigelegt, die Erbschaft sofort nach dem Erbfalle auszuschlagen, auch wenn der Anfall an ihn noch nicht erfolgt ist (Abs. 2).

Für den Fall, daß der Pflichttheilsberechtigte nur als Nacherbe eingesetzt wurde, ist bereits im § 1831 Abs. 2 bestimmt.

§ 2035.

Bedingte oder befristete Erklärung.

Daß die Erklärung über Annahme oder Ausschlagung nicht unter Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden kann, stimmt im Wesentlichen mit allen geltenden Rechten überein[1]). Mit dem preuß. A. L. R. die Beifügung eines Vorbehaltes wegen des Inventarrechtes zu gestatten (I, 9 § 394), ist entbehrlich, namentlich mit Rücksicht darauf, daß nach dem Entwurfe (§§ 2092 ff.) jeder Erbe Inventarerbe ist, sofern er nicht des Inventarrechtes sich verlustig gemacht hat.

Auch hier ist selbstverständlich die stillschweigende Annahme mitgetroffen. Dies kann nach dem § 2029 nicht zweifelhaft sein.

Erklärung mit Angabe des Berufungsgrundes.

Enthält die Erklärung zugleich die Angabe des Berufungsgrundes und ist dieser richtig angegeben, so liegt nur ein die Erklärung erläuternder und daher unerheblicher Zusatz vor. Ist aber der angegebene Berufungsgrund nicht richtig (z. B. es wird auf Grund der gesetzlichen Erbfolge angenommen oder ausgeschlagen, während der Erbe durch eine letztwillige Verfügung berufen war), so kann der Zusatz nur als Bedingung aufgefaßt werden. Die Erklärung ist also unwirksam.

Erklärung ohne Angabe des Grundes.

Ist ein Grund des Anfalles nicht angegeben, so macht sich der § 2033 geltend. Die Erklärung kann nur wirksam sein, wenn die Ausschlagungsfrist bereits zu laufen begonnen hatte. Vorausgesetzt ist also, daß der wirkliche Grund des Anfalles dem Erben bereits bekannt war. Ein Irrthum hierüber hat die Unwirksamkeit zur Folge.

Zerfallen des angegebenen Grundes.

War hingegen der angegebene Grund richtig, zerfällt derselbe aber später aus irgend welchen Gründen, so bleibt die Erklärung wirksam. Ob

[1]) Vergl. Windscheid § 597 Anm. 10, 12, § 599 Anm. 15; Roth § 363 Anm. 114, 123 (aber anderer Meinung Kreittmayr Anm. 61 zum bayr. L. R. III, 1 § 5); preuß. A. L. R. I, 9 § 394; sächs. G. B. §§ 2256, 2258; Mommsen §§ 224, 226; heff. Entw. Art. 233, 248.

die Erklärung für eine neue Berufung wirkt, entscheidet sich nach anderen Vorschriften. Insbesondere kommt dann, wenn der durch letztwillige Verfügung berufene Erbe zugleich der gesetzliche Erbe ist und nur die Berufung aus der letztwilligen Verfügung ausschlägt, der § 2038 in Betracht. Wenn der durch letztwillige Verfügung berufene Erbe die Erbschaft annimmt, aber erbunwürdig ist, so sind die §§ 2046—2048 maßgebend[1]).

§ 2036.

Beschränkung der Erklärung auf einen Theil.

Daß die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft, oder eines und desselben Erbtheiles nicht auf einen Theil beschränkt werden kann, und daß die Annahme oder Ausschlagung eines Theiles unwirksam ist, entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte, indessen enthält das geltende Recht manche Modifikationen[2]).

Für die Vorschriften sind Gründe der Zweckmäßigkeit maßgebend. Statt dessen zu bestimmen, die Ausschlagung eines Theiles gelte als Ausschlagung des Ganzen, die Annahme eines Theiles sei unwirksam, würde eine einfachere Gestaltung ermöglichen, aber bedenklich sein. Die erstere Vorschrift würde insbesondere zu einer der inneren Rechtfertigung entbehrenden Fiktion greifen. Dem Leben und seiner Auffassung würde Zwang angethan, wenn der Berufene die ganze Erbschaft verlieren sollte, falls er in der Meinung, dazu berechtigt zu sein, einen Theil der Erbschaft ausschlägt.

Die Fassung „nicht auf einen Theil" deckt sowohl die Beschränkung der Erklärung auf einzelne Stücke oder Bestandtheile der Erbschaft als die Beschränkung auf einen Bruchtheil. Es kann nicht zulässig sein, daß der Erbe z. B. nur die vorhandenen Mobilien oder Immobilien ausschlägt oder annimmt. Eine Ausnahme dahin, die Beschränkung sei zulässig, wenn der Erblasser dies gestattet habe, ist entbehrlich. Etwas Derartiges wird sehr selten vorkommen. Sollte aber ein Erblasser so bestimmt haben, so wird zu prüfen sein, ob nicht damit besondere Erbtheile bestimmt sind. Mit dem sächs. G. B. § 2254 und Mommsen § 223 Abs. 1 auszusprechen, die Erbschaft dürfe nur „so wie sie liegt" oder „so wie sie angefallen ist" angenommen werden, ist nicht erforderlich. Eine andere Annahme wäre Annahme unter einer Bedingung; über eine solche bestimmt der § 2035.

§ 2037.

Berufung des Erben zu mehreren Erbtheilen.

Der Fall, daß derselbe Erbe zu mehreren Erbtheilen berufen ist, kann bei der gesetzlichen Erbfolge vorkommen (vergl. §§ 1967, 1971 Abs. 2), wenn auf Grund mehrfacher Verwandtschaft oder auf Grund der Verwandtschaft

[1]) Vergl. Windscheid § 599 Anm. 14.

[2]) Windscheid § 597 Anm. 11, 13, § 599 Anm. 3a, § 602 Anm. 2; Roth § 363 Anm. 115, 124; preuß. A. L. R. I, 9 §§ 395, 396; sächs. G. B. § 2255, vergl. jedoch §§ 2262, 2263; Unger § 19 Anm. 11, vergl. jedoch Anm. 4; bayr. L. R. III, 1 § 5 Nr. 5; Mommsen § 223, vergl. jedoch § 229; hess. Entw. Art. 159, 233, 348, vergl. jedoch Art. 236.

und des Verhältnisses als Ehegatte geerbt wird. Der Erbtheil eines gesetzlichen Erben kann sich auch dadurch erhöhen, daß ein anderer gesetzlicher Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen ist oder ausschlägt oder für erbunwürdig erklärt wird. Für den letztbezeichneten Fall bestimmt der § 2048 in Verbindung mit der Bezugnahme auf den § 2042. In den übrigen Fällen entstehen dadurch besondere Erbtheile nur in Ansehung der Vermächtnisse und Auflagen, nicht aber in anderer Richtung, wie der § 1972 ergiebt. Bei der Erbfolge auf Grund letztwilliger Verfügung oder eines Vertrages kann darüber, ob der Erbe zu mehreren Erbtheilen berufen ist, nur der Umstand entscheiden, ob der Erblasser mehrere Erbtheile gebildet hat. Dies ist z. B. zu bejahen, wenn A. und B. mit oder ohne Bestimmung von Bruchtheilen, welche das Ganze erschöpfen, eingesetzt sind und A. noch vor dem Erblasser stirbt, nicht minder aber auch dann, wenn der Erblasser nur einen Erben auf den ganzen Nachlaß eingesetzt hat, jedoch in der Art, daß bestimmt ist: X. sei der Erbe zur Hälfte, wegen dieser Hälfte hat er folgende Vermächtnisse zu entrichten; X. sei auch Erbe zur zweiten Hälfte, von dieser Hälfte sind folgende Vermächtnisse zu entrichten.

Der § 2037 unterscheidet in Ansehung solcher Fälle je nach dem Berufungsgrunde. Nur, wenn der Berufungsgrund ein verschiedener ist, unterliegt der einzelne Erbtheil für sich der Annahme und Ausschlagung. Wann ein verschiedener Berufungsgrund anzunehmen ist, wird klargestellt, einmal negativ, indem bestimmt wird, daß verschiedene letztwillige Verfügungen oder verschiedene Erbeinsetzungsverträge nicht als verschiedene Berufungsgründe gelten (Abs. 1 a. E.), dann aber positiv, indem vorgeschrieben wird, als verschiedene Berufungsgründe gelten: Erbeinsetzungsvertrag, letztwillige Verfügung und Gesetz. Der Entwurf trifft damit insbesondere die Fälle, daß die Berufung zu einem Erbtheile auf einer letztwilligen Verfügung, die Berufung zu einem anderen Erbtheile auf einem Erbeinsetzungsvertrage oder auf der gesetzlichen Erbfolge oder daß die Berufung zu einem Erbtheile auf einem Erbeinsetzungsvertrage, zu einem anderen Erbtheile auf der gesetzlichen Erbfolge beruht.

Abweichender Wille des Erblassers.

Dem Erblasser wird jedoch offen gehalten (Abs. 2), zu gestatten, daß auch dann, wenn verschiedene Berufungsgründe nicht vorliegen, die einzelnen Erbtheile für sich angenommen oder ausgeschlagen werden können, selbst dann, venn sie erst später anfallen.

Vorgegriffen ist damit nicht der Prüfung des einzelnen Falles, ob eine vorliegende Erklärung des Erben auf alle Erbtheile zu beziehen sei, auch wenn dieselben der besonderen Annahme und Ausschlagung unterliegen.

Die Vorschriften beruhen lediglich auf Zweckmäßigkeitsrücksichten. Der Entwurf stellt einheitliche prinzipielle Gesichtspunkte auf und sucht zugleich der Zersplitterung der Erbschaft thunlichst vorzubeugen. Letzteres dient vornehmlich dem hier zu beachtenden Interesse der Nachlaßgläubiger. Die Vorschriften werden auch dem anzunehmenden Willen des Erblassers entsprechen; deshalb ist dem Erblasser vorbehalten, wenn er es für erforderlich erachtet, sich darüber auszusprechen, wie seine Anordnungen verstanden werden sollen.

Das geltende Recht kann nicht in Betracht kommen, da lediglich die Rücksicht auf die praktische Zweckmäßigkeit maßgebend sein muß. Insbesondere

kann das röm. Recht nicht zum Anhalte dienen, da ihm verschiedene Berufungsgründe wegen seines Grundsatzes „nemo pro parte etc." nicht bekannt sind.

Hervorzuheben ist, daß unter der Berufung durch Erbeinsetzungsvertrag nur die vertragsmäßige Einsetzung des anderen Vertragschließenden oder eines Dritten zu verstehen ist, nicht die bei Gelegenheit eines Erbeinsetzungsvertrages und in einem solchen einseitig widerruflich erfolgende Erbeinsetzung (§ 1955).

Durch die Vorschriften wird der Fall, daß ein Erbe zugleich als Ersatzerbe für einen Miterben eingesetzt ist[1]), mitgetroffen; dieser Fall bedarf daher einer besonderen Regelung nicht. Darüber, wie das Inventarrecht in einem solchen Falle sich gestaltet, vergl. den § 2147.

Beschränkte Annahme.

Protestatio.

Besondere Vorschriften für den Fall, daß derjenige, welcher auf Grund seiner stillschweigenden Erklärung in Gemäßheit des § 2029 als Erbe anzusehen ist, nur eine beschränkte Annahme gewollt hat, oder darüber, welche Bedeutung einer dem Verhalten, welches die stillschweigende Willenserklärung enthält, beigefügten Verwahrung beizumessen ist[2]), sind nicht erforderlich. Eine Entscheidung in der letzteren Richtung würde um so weniger angemessen sein, als auch in den Allgemeinen Theil eine Vorschrift darüber nicht aufgenommen ist, wie es mit der protestatio facto contraria zu halten sei (Motive zum Allg. Th. S. 154).

§ 2038.

Verschiedene Berufungsgründe für denselben Erben.

Dem Erben kann die Erbschaft aus verschiedenen Berufungsgründen anfallen.

Für den Fall, daß der Erbe, sei es durch Vertrag, sei es durch letztwillige Verfügung, eingesetzt, demnächst aber auch als gesetzlicher Erbe berufen ist, wird bestimmt, der Erbe könne als eingesetzter Erbe ausschlagen, jedoch als gesetzlicher Erbe annehmen (Abs. 1). Schlägt also der gesetzliche Erbe als Testaments- oder Vertragserbe aus, so läuft ihm aus der Berufung als gesetzlicher Erbe eine neue Ausschlagungsfrist, deren Versäumung die Annahme aus dem Grunde der gesetzlichen Erbfolge zur Folge hat. Hieraus können sich praktische Unzuträglichkeiten ergeben. Diese werden durch die Entscheidung, daß der Erbe in Ansehung aller Berufungsgründe mittels einer und derselben Erklärung ausschlagen kann (Abs. 3), mindestens zum großen Theile, gehoben. Die Berufung als gesetzlicher Erbe kann auch eine mittelbare Folge jener Ausschlagung sein, nämlich dann, wenn die zunächst Berufenen wegfallen, und nunmehr die ausgeschlagene Erbschaft oder vielleicht nur ein Bruchtheil derselben dem Ausschlagenden von Neuem auf Grund des Gesetzes anfällt.

Das Ergebniß, daß der erneute Anfall wirksam ist und durch die vorausgegangene Ausschlagung nicht berührt wird, kann selbstverständlich erscheinen. Die Aufnahme der Vorschrift ist jedoch rathsam, theils, weil es als auffällig angesehen werden kann, daß der Erbe dieselbe Erbschaft wiederholt auszuschlagen hat, theils, weil das preuß. A. L. R. I, 9 § 401 das Gegentheil bestimmt.

[1]) Unger § 19 Anm. 11; heff. Entw. Art. 159.

[2]) Vergl. Seuffert's Arch. 42 Nr. 223.

Gegen die Auffassung des preuß. A. L. R., welche freilich zur Vereinfachung führt, sprechen überwiegende Bedenken. Die aus der Verfügung des Erblassers sich herleitende Berufung kann nicht zugleich in dem negativen Sinne aufgefaßt werden, daß dem Berufenen die eventuellen gesetzlichen Rechte auf die ihm zugewendete Erbschaft entzogen sein sollen. Auch kann nicht mit Grund behauptet werden, es fehle in jedem Falle an einem Interesse des Berufenen, die durch Vertrag oder letztwillige Verfügung ihm angebotene Erbschaft auszuschlagen und dieselbe Erbschaft dennoch anzunehmen, wenn sie ihm durch das Gesetz angeboten wird. Zwar bleiben nach den §§ 1876, 1886 Vermächtnisse und Auflagen trotz der Ausschlagung bestehen, aber dem Erblasser ist es nicht versagt, das Gegentheil ausdrücklich anzuordnen. Denkbar bleibt also, daß dem Ausschlagenden auf Grund des Gesetzes die ausgeschlagene Erbschaft von Neuem unbeschwert angeboten wird, falls der Wille des Erblassers erhellt, es solle dem Erben die Beschwerung nur für den Fall auferlegt sein, daß er die Erbschaft auf Grund der letztwilligen Verfügung erwirbt, nicht auch dann, wenn er ausschlägt und als gesetzlicher Erbe annimmt.

Berufung durch Vertrag und durch letztwillige Verfügung.

Ist der Erbe durch Vertrag und durch letztwillige Verfügung als Erbe auf die ganze Erbschaft oder zu einem Bruchtheile eingesetzt, so soll er die Berufung aus dem einen Grunde annehmen, aus dem anderen ausschlagen können (Abs. 2). Beide Verfügungen von Todeswegen haben nach dem Entwurfe neben einander Bestand, nur entbehrt nach dem § 1953 das Testament insoweit der Wirksamkeit, als es die Rechte des Vertragserben beeinträchtigt. Wegen dieser nur relativen Unwirksamkeit des Testamentes wird dem Vertragserben, welchem die Erbschaft aus beiden Gründen anfällt, eine Art Wahlrecht eingeräumt; der Erbe soll durch Aufgeben seiner Rechte aus dem einen Anfallsgrunde seine Rechte aus dem anderen Anfallsgrunde nicht verlieren. Die aus diesem wiederholten Anfalle sich ergebenden praktischen Unzuträglichkeiten mindert die Zulassung der Ausschlagung in Ansehung aller Berufungsgründe mittels einer und derselben Erklärung (Abs. 3). Dieselben fallen übrigens hier um so weniger in's Gewicht, als Fälle dieser Art zu den seltenen gehören; deshalb eignen sich die Fälle nicht zu einer alle Einzelheiten vorsehenden Regelung.

Ausschlagung mittels einer und derselben Erklärung für alle Gründe.

Die Erleichterung, daß in allen Fällen des ersten und zweiten Absatzes die Erbschaft in Ansehung aller Berufungsgründe mittels einer und derselben Erklärung ausgeschlagen werden kann (Abs. 3 Satz 1), ist durch jene Verweisung auf die beiden ersten Absätze dahin beschränkt, sofern der Anfall aus dem anderen Grunde nur die Folge der Ausschlagung des Anfalles aus dem einen Grunde ist; sie bezieht sich nicht auf den Fall, daß eine Erbschaft erst nachträglich, z. B. in Folge einer Einsetzung als Nacherbe anfällt. Die Ausscheidung dieses Falles ist von besonderer Wichtigkeit für die im Abs. 3 Satz 2 beigefügte, besonders zu erwähnende Auslegungsregel.

Die Erleichterung wird gewährt, um eine nicht erforderliche Belästigung durch die Nothwendigkeit wiederholter Ausschlagung abzuwenden. Beseitigt wird durch die Vorschrift der Zweifel, ob es zulässig sei, gleichzeitig aus mehreren sukzessiven Anfallsgründen auszuschlagen, ein Zweifel, welcher sich daraus herleiten ließe, daß nach dem § 2033 die Ausschlagung nicht vor

Beginn der Ausschlagungsfrist erfolgen kann, die Ausschlagungsfrist aber nach dem § 2030 Abs. 2 nicht vor erlangter Kenntniß von der erfolgten früheren Ausschlagung beginnen kann. Die Schlußfolgerung kann als zu spitz bemängelt werden; es verdient aber doch den Vorzug, den Zweifel abzuschneiden.

Auslegungsregel.

Dem praktischen Bedürfnisse würde damit noch nicht genügt werden. Deshalb ist die Auslegungsregel, daß die Ausschlagung sich im Zweifel auf alle Berufungsgründe beziehe, beigefügt (Abs. 3 Satz 2). Die umfänglichere Wirkung der Ausschlagungserklärung wird in der Regel gewollt sein. Da der Nachweis, daß der Wille des Ausschlagenden dahin gegangen sei, großen Schwierigkeiten begegnen kann, erscheint die aufgestellte Vermuthung, deren genügende Begrenzung hervorgehoben ist, angemessen.

Mehrfache Berufung eines gesetzlichen Erben.

Für den Fall, daß ein gesetzlicher Erbe aus mehrfacher Verwandtschaft oder als Ehegatte und Verwandter berufen ist, bedarf es einer besonderen Vorschrift an dieser Stelle nicht. Obschon nach den §§ 1967, 1971 Abs. 2 die Erbtheile als besondere Erbtheile anzusehen sind, so ist doch, weil die Berufung auf demselben Grunde beruht, nach dem § 2037 die Ausschlagung für beide Erbtheile maßgebend. Dies wird auch in der Regel dem Willen des Ausschlagenden und dem anzunehmenden Willen des Erblassers entsprechen; indessen kann der letztere anders bestimmen.

§ 2039.

Unwiderruflichkeit der Erklärung.

Daß die Erklärung der Annahme oder Ausschlagung unwiderruflich ist, kann selbstverständlich erscheinen. Denn die Unwiderruflichkeit einer einseitigen Erklärung, welcher das Gesetz eine gewisse Wirkung beimißt, läßt sich schon daraus ableiten, daß die eingetretene Wirkung der Verfügung des Erklärenden entrückt ist, soweit nicht ein Anderes bestimmt wird. Die Aufnahme der Vorschrift ist indessen schon deshalb angemessen, weil das geltende Recht zum Theil verneint, daß der Erklärende gebunden sei, und ihm gestattet, während der Ausschlagungs- oder Annahmefrist den Willen zu wechseln[1]).

Uebrigens betont der Entwurf auch schon an anderen Stellen der Deutlichkeit wegen die Unwiderruflichkeit einseitiger Willenserklärungen (vergl. insbesondere für das Erbrecht den § 1892 Abs. 2 und den § 1958).

In Betracht kommt nicht allein die pro herede gestio (§ 2029), sondern auch die Versäumung der Ausschlagungsfrist (ebenda).

§ 2040.

5. Anfechtung der Ausschlagungserklärung. Drohung oder Betrug.

Mit der Anfechtung der Ausschlagungserklärung befaßt sich der § 2040.

Der Entwurf geht davon aus, daß die Ausschlagungserklärung auch wegen Drohung oder Betruges anfechtbar ist. Dies ist indessen nur mittelbar zum Ausdrucke gebracht durch die Regelung der Art, wie die Anfechtung zu er-

---

[1]) Windscheid § 595 Anm. 17; aber auch Roth § 363 Anm. 125; code civil Art. 790; — andererseits preuß. A. L. R. I, 9 §§ 411, 412; sächs. G. B. § 2260; österr. G. B. § 806; Mommsen § 227; hess. Entw. Art. 351, 353.

folgen hat (Abs. 2). Würde es, wie im § 1780, besonders vorgeschrieben, so könnte angenommen werden, es sei verkannt, daß die Ausschlagung als Rechtsgeschäft den allgemeinen, für die Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften unterliegt, also auch der § 103 Anwendung leidet.

Irrthum.

Eine allgemeine Anfechtung der Ausschlagungserklärung wegen Irrthumes ist nicht zugelassen. Dem Irrthume des Ausschlagenden, welcher sich immer nur als ein Irrthum in den Motiven darstellen wird, einen besonderen Einfluß beizumessen, würde sich nicht rechtfertigen lassen. Nach allgemeinen Grundsätzen bleibt es Sache des Ausschlagenden, sich vor seiner Entscheidung die vollständige Kenntniß von den letztwilligen Verfügungen des Erblassers zu verschaffen. Ihm kann nicht gestattet werden, weil er seine Lage wegen ihm unbekannt gebliebener letztwilliger Verfügungen des Erblassers verkannt hat, nachträglich die Rechte derjenigen, an welche in Folge seiner Ausschlagung ein Anfall erfolgt ist, in Frage zu stellen. Zudem würde eine solche Anfechtung zu einer Abweichung von dem geltenden Rechte nöthigen[1]).

Anfechtung nach Wegfall der Beschränkung 2c. des Pflichttheilsberechtigten.

Für den Pflichttheilsberechtigten muß hiervon abgewichen werden.

Nach dem § 1981 Abs. 1 a. E. ist eine Beschränkung oder Beschwerung oder Pflichttheilslast, wenn sie vor der Ausschlagung mit allen Wirkungen weggefallen ist, als nicht angeordnet anzusehen. Aus den Vorschriften der §§ 1979 ff. ergiebt sich ferner, daß, wenn dem Pflichttheilsberechtigten der ihm gebührende Bruchtheil der Erbschaft unbeschränkt und unbeschwert hinterlassen ist, ihm ein Pflichttheilsanspruch nicht zusteht. Schlägt der Pflichttheilsberechtigte den scheinbar beschränkten oder beschwerten oder belasteten Bruchtheil aus, um den Pflichttheilsanspruch geltend zu machen, so würde er, wenn inzwischen die Beschränkungen oder Beschwerungen oder die Pflichttheilslast weggefallen sind, ohne daß er davon Kenntniß hatte, mit der Ausschlagung auch den Pflichttheilsanspruch verlieren. Der Erfolg der Ausschlagung würde ein ganz anderer sein, als ihn der Pflichttheilsberechtigte wollte. In Frage steht in dem vorausgesetzten Falle nur ein Irrthum in den Motiven (§ 102), welcher den Pflichttheilsberechtigten veranlaßt hat, eine ihn nur scheinbar nicht voll, in Wirklichkeit aber voll befriedigende Zuwendung zurückzuweisen. Ein solcher Irrthum steht dem Irrthume über den Gegenstand des Rechtsgeschäftes (§ 98) sehr nahe. Daher sprechen jedenfalls überwiegende Billigkeitsgründe dafür, dem Ausschlagenden gegen die unerwarteten Folgen seiner Erklärung einen Schutz durch Verleihung des Anfechtungsrechtes zu gewähren (Abs. 1). Hierbei muß, wie die Fassung erkennen läßt, der Irrthum, welcher der Grund des Schutzes ist, als die von dem Pflichttheilsberechtigten eintretendenfalls zu beweisende Voraussetzung der Rechtsnorm aufgestellt werden. Im Anschlusse an den § 99 die Erfordernisse der Anfechtung dahin zu steigern, daß ein nicht auf grober Fahrlässigkeit beruhender Irrthum verlangt wird, würde nicht angemessen sein. Abgesehen davon, daß eine solche Qualifikation des Irrthumes praktisch nicht von großer Bedeutung wäre, kommt in Be-

[1]) Windscheid § 596 Anm. 20, 21, § 599 Anm. 12, 13; code civil Art. 783 (nur für die Annahme); für das preuß. A. L. R. Dernburg § 219 Anm. 22, 23, Eccius § 269 Anm 68; Mommsen § 127; hess. Entw. Art. 351, 353.

tracht, daß der Ausschlagende durch den Verlust seines Pflichttheilsrechtes in den in Rede stehenden Fällen übermäßig hart getroffen werden würde.

Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte.

Daß die Anfechtungserklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte abzugeben sei (Abs. 2 Satz 1), muß bestimmt werden wegen der auf dritte Betheiligte sich erstreckenden Wirkung der Erklärung (vergl. § 1266 Abs. 2, § 1475 Abs. 2, § 1478). Die Vorschrift ist auch deshalb rathsam, weil dadurch zugleich für diejenigen Fälle Abhülfe geschafft wird, in welchen die Person oder der Aufenthalt desjenigen, welcher an die Stelle des Ausschlagenden getreten war, unbekannt ist.

Benachrichtigungspflicht.

Die Benachrichtigungspflicht des Nachlaßgerichtes (Satz 2) schafft einen genügenden Ersatz dafür, daß die Erklärung nicht unmittelbar gegenüber den an die Stelle des Ausschlagenden getretenen Erben zu erfolgen hat.

Wirkungen der Anfechtung.

Ueber die rechtlichen Wirkungen der Anfechtung bedarf es einer besonderen Vorschrift nicht. Dieselben ergeben sich aus dem § 112. Eine verdeutlichende Vorschrift über die Gestaltung dieser Wirkungen ist hier so wenig, wie im Falle des § 1781, veranlaßt und würde eher das Gesetz verdunkeln.

Präklusivfrist.

In Anlehnung an die Vorschriften des § 2030 ist für die Anfechtung eine Präklusivfrist bestimmt (Abs. 3—6). Die Analogie zwischen der Ausschlagung und der sie beseitigenden Anfechtung läßt diese Uebertragung gerechtfertigt erscheinen.

Neben der kurzen Präklusivfrist läuft, wie im Falle des § 1785, kumulativ eine dreißigjährige Präklusivfrist, welche von einem objektiv bestimmten Zeitpunkte an, demjenigen der Abgabe der Ausschlagungserklärung, beginnt (Abs. 5). Der Zweck der Vorschrift ist, zu verhindern, daß die durch den einmal erfolgten Erbschaftsübergang in Ansehung der Betheiligten, insbesondere der Nachlaßgläubiger, der Erbschaftsschuldner, sowie Dritter, begründeten Rechtsverhältnisse noch nach sehr langer Zeit in Frage gestellt werden können (vergl. § 1999).

Darüber, daß es des Schutzes Dritter, die sich mit demjenigen eingelassen haben, welcher in Folge der anfechtbaren Ausschlagung als Erbe eingetreten ist, nicht bedarf, vergl. zum § 2091.

§ 2041.

Anfechtung der Annahmeerklärung.

In Ansehung der Anfechtung der Annahmeerklärung wird nur bestimmt, wie die Anfechtung wegen Drohung oder Betruges zu erfolgen hat. Sie soll gegenüber dem Nachlaßgerichte in Verbindung mit der Ausschlagung in der für diese bestimmten Frist und Form erklärt werden. Die Fassung läßt keinen Zweifel, daß ausschließlich die Erklärung Gegenstand der Anfechtung sein kann, die Annahme durch Versäumung der Frist hingegen ausscheidet, vergl. § 2029. Nach dem § 2029 umfaßt das terminologische Wort „Annahme der Erbschaft" auch die letztere Art der Annahme.

Nach dem Entwurfe ist die an die Annahmeerklärung sich knüpfende Rechtsstellung als definitiver Erbe zwar eine solche, daß dem Erben das Inventarrecht, sofern er dasselbe nicht aufgegeben oder verwirkt hat (§§ 2092 ff.), verbleibt. Aber dennoch ist die Rechtsstellung mit Verpflichtungen verknüpft, welche zu einer drückenden Last werden können. Der Umstand, daß das eigene

Vermögen des Erben nicht unmittelbar in Mitleidenschaft gezogen wird, reicht nicht aus, um — entgegen den allgemeinen für Rechtsgeschäfte geltenden Grundsätzen — die Anfechtung der Annahmeerklärung wegen Drohung oder Betruges auszuschließen oder auf den Fall zu beschränken, daß ausnahmsweise die Annahmeerklärung des Pflichttheilsberechtigten nach dem § 1981 Abs. 1 einen wirklichen Vermögensverlust, nämlich den Verlust des Pflichttheilsanspruches, zur Folge hat.

Diese Anfechtung soll nur in Verbindung mit der Ausschlagung erfolgen. Eine Wiederherstellung der Ausschlagungsbefugniß ist nur insoweit gerechtfertigt, als der Anfechtende von der Befugniß, auszuschlagen, wirklich Gebrauch machen will und kann. Die Anfechtung kann einen praktischen Erfolg nicht haben, wenn der Anfechtende bereits aus einem anderen Grunde, nämlich in Folge des Ablaufes der Ausschlagungsfrist, so zu behandeln ist, wie wenn er angenommen hätte. Gegen den Ablauf der Ausschlagungsfrist kann und will auch der Entwurf selbst dem zur Annahme durch Drohung Gezwungenen oder durch Betrug Verleiteten einen besonderen Schutz nicht gewähren.

Daß auch diese Anfechtung bei dem Nachlaßgerichte und in gleicher Frist und Form wie die Anfechtung der Ausschlagung zu erklären ist, rechtfertigt sich im Hinblicke auf die Rechtsähnlichkeit der beiden Anfechtungsfälle.

Wegen der eventuellen Präklusivfrist des § 2040 Abs. 5 genügt die Verweisung auf die Vorschriften über die Ausschlagung.

§ 2042.

6. Wirkungen der Ausschlagung.

Die Wirkungen der Ausschlagung bestimmt der § 2042.

Daß in Folge der Ausschlagung der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt (Abs. 1), kann als Ergebniß des Erwerbes kraft des Gesetzes bezeichnet werden. Im Wesentlichen stimmt damit das geltende Recht, das gemeine Recht in Ansehung des suus, überein[1]). Die Hinweisung auf Ausnahmen ist entbehrlich; soweit der Entwurf solche macht, ergeben dieselben sich aus den einschlagenden Vorschriften.

Weiterer Anfall.

Den weiteren Anfall der ausgeschlagenen Erbschaft regelt der Abs. 2. Die ausgeschlagene Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen gewesen wäre, wenn der Ausschlagende den Erblasser nicht überlebt hätte (Satz 1). In Ansehung der gesetzlichen Erbfolge vergl. § 1972. Die Aufnahme des Satzes, welcher sich nur als ein Folgesatz darstellt, ist der Deutlichkeit wegen für zweckmäßig erachtet. Auch diese Vorschrift entspricht im Wesentlichen dem geltenden Rechte, dem gemeinen Rechte, soweit ein suus der Erbe ist[2]).

---

[1]) Wegen des preuß. A. L. R. vergl. Dernburg § 220 bei Anm. 6, Eccius § 269 Anm. 61; code civil Art. 785; hess. Entw. Art. 341; aber auch sächs. G. B. § 2259 und thüring. Erbgesetze; — wegen des gemeinen Rechtes Windscheid § 595 Anm. 6—8, Roth § 363 Anm. 24—31.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 9 § 406; code civil Art. 786; sächs. G. B. 2261; hess. Entw. Art. 354, 238; wegen des gemeinen Rechtes Windscheid § 595 Anm. 9, Roth § 363 Anm. 32—34.

Zeitpunkt des weiteren Anfalles.

Aus gleichem Grunde ist beigefügt, daß der Anfall an den an Stelle des ausschlagenden Berufenen als mit dem Erbfalle erfolgt gilt (Satz 2). Nicht erwähnt ist, daß dies auch dann gilt, wenn der weiter Berufene in der Zwischenzeit gestorben ist. Wenn sich ein solches Ergebniß auch für die Regel dem zweiten Satze in Verbindung mit dem § 2031 entnehmen läßt, so bleibt es immerhin eine thatsächliche Frage, ob nicht, falls es sich etwa um einen Ersatzerben handelt, der Erblasser gewollt habe, daß der Ersatzerbe die Ausschlagung erlebt haben müsse.

Mittheilung durch das Nachlaßgericht.

Die Aufnahme der Vorschrift, daß das Nachlaßgericht demjenigen, welchem die Erbschaft nunmehr anfällt, die Ausschlagung mitzutheilen habe (Satz 3; vergl. preuß. A. L. R. I, 9 § 407), ist rathsam mit Rücksicht auf den § 2030 Abs. 2, um die Ausschlagungsfrist gegen den weiter Berufenen in Lauf zu setzen. Mit dem preuß. A. L. R. a. a. O. zu bestimmen, die Benachrichtigung habe nur zu erfolgen, wenn bekannt ist, wer dieser nunmehr Berufene ist, oder mit anderen Worten, wenn die Benachrichtigung ausführbar ist, erscheint so wenig erforderlich wie in den ähnlichen Fällen der §§ 1266, 1398, 1475. Die Pflicht des Nachlaßgerichtes begrenzt sich von selbst durch entgegenstehende Hindernisse. Ist unbekannt, an wen nunmehr der Anfall erfolgt, so kommen die §§ 2058 ff. zur Anwendung.

§ 2043.

7. Ausschlagung seitens Bevormundeter ꝛc., a) Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes.

Der Entwurf beschränkt sich auf die Vorschrift, daß zur Ausschlagung seitens des unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft Stehenden die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes erforderlich ist. Den unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft Stehenden auch gegen den definitiven Erwerb der Erbschaft zu schützen, würde nicht vereinbar sein mit den Bedürfnissen des praktischen Lebens und auch nicht mit der im § 2030 bestimmten Präklusivfrist.

Würde von dem gesetzlichen Vertreter gesprochen, so würde auch der gesetzliche Vertreter einer juristischen Person getroffen werden. In Betracht zu ziehen ist ferner der Fall, daß eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person selbst mit Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters handelt. Eine besondere Vorschrift in Ansehung des Pflegers einer solchen Person ist nicht erforderlich mit Rücksicht auf den § 1743. Die Aufnahme einer Vorschrift dieses Inhaltes würde den Grundsatz verdunkeln, daß in Ansehung eines Pflegers die gleichen Erfordernisse gelten wie in Ansehung des Vormundes, mag der Pflegebefohlene in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sein oder nicht.

Wegen der Fassung der Vorschrift wird auf die Begründung zum § 1957 S. 340, 341 Bezug genommen.

§ 2044.

b) Ausnahme.

Von der Regel des § 2043 macht der § 2044 eine Ausnahme für den Fall, daß der Inhaber der elterlichen Gewalt nicht als Miterbe mit dem Kinde zur Erbschaft berufen ist. Er soll alsdann die Erbschaft für das Kind

ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes ausschlagen dürfen, falls die Erbschaft in Folge seiner Ausschlagung dem unter seiner elterlichen Gewalt stehenden Kinde anfällt. Auch wird ihm die Befugniß beigelegt, in einem solchen Falle beide Ausschlagungen mittels einer und derselben Erklärung zu bewirken.

Einige geltende Rechte gehen weiter, indem sie den Inhaber der väterlichen Gewalt stets ohne Genehmigung des Gerichtes ausschlagen lassen[1]). Wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt die zunächst ihm angefallene Erbschaft ausschlägt, so ist fast mit Gewißheit anzunehmen, daß die Erbschaft überhaupt für den Berufenen, also auch für das nächstberufene Kind, ohne Vortheil sein werde, da der Inhaber das dringendste Interesse hat, die Erbschaft zu erwerben und nicht leicht ohne gehörige Prüfung der Sachlage ausschlagen wird. Dieser Umstand rechtfertigt eine Erweiterung der regelmäßigen Befugnisse des Inhabers der elterlichen Gewalt und gestattet, ihm gegenüber von dem Erfordernisse der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes abzusehen. Eine Erweiterung der Machtbefugnisse des Inhabers der elterlichen Gewalt in dieser Richtung ist im praktischen Interesse um so mehr angemessen, als es sonst leicht dazu kommen kann, daß das Vormundschaftsgericht, um jede Verantwortlichkeit von sich fern zu halten, auf Annahme der Erbschaft für das Kind, welchem das Inventarrecht zustehe, besteht, auch wenn die Insolvenz der Erbschaft kaum zu bezweifeln ist. Bleibt unbeachtet, welche Last und Mühe dem Inhaber der elterlichen Gewalt aus einer solchen widerwilligen Annahme der Erbschaft erwächst, so ist zu besorgen, daß daraus erhebliche Nachtheile für das Kind und sein Verhältniß zu dem Inhaber der elterlichen Gewalt sich ergeben.

Die Verbindung der beiden eigentlich sukzessiven Ausschlagungen in einer und derselben Erklärung zuzulassen, ist angemessen aus denselben Zweckmäßigkeitsrücksichten, auf welchen der § 2038 Abs. 3 beruht (vergl. S. 509, 510). Der Umstand, daß in vorliegendem Falle die eine Erklärung von dem Inhaber der elterlichen Gewalt für sich selbst, die andere Erklärung von demselben in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter des Kindes abzugeben ist, ändert daran nichts.

Inhaber der Gewalt als Miterbe.

Ist jedoch der Inhaber der elterlichen Gewalt Miterbe des Kindes, so liegt die Sache anders. Die Prüfung der Ausschlagung seitens des Inhabers der Gewalt für sich geht nicht voraus, sondern die Prüfung im Interesse beider steht in gleicher Linie. Von vornherein ist zu entscheiden, ob die Ausschlagung für das Kind angemessen sei, und es ist in Betracht zu ziehen, daß die Wirkung der Annahme bei dem Wegfalle von Miterben sich erweitert. Ein Widerstreit des Interesses Beider ist naheliegend. In solchen Fällen muß es daher bei der Regel des § 2043 sein Bewenden behalten.

Anfall an einen Ehegatten.

Für den Fall, daß einem der Ehegatten, während der gesetzliche Güterstand besteht, eine Erbschaft anfällt oder daß der Anfall an eine Ehefrau, ohne daß der gesetzliche Güterstand ausgeschlossen ist, erfolgt, bedarf es besonderer

---

[1]) Roth § 383 Anm. 47, 48; wegen des preuß. A. L. R. Eccius § 269 Anm. 39, Dernburg § 219 Anm. 2; sächs. G. B. § 1818; code civil Art. 389 ff.; u. A.

Vorschriften nicht. Erfolgt der Anfall an den Ehemann, so ergiebt sich aus den §§ 1351, 1352, 1417, 1431, erfolgt der Anfall an die Ehefrau, aus den §§ 1291, 1338—1340, 1350, 1417, 1431 bezw. § 1308 Nr. 1, §§ 1351, 1355, 1417, 1431 die Entscheidung. Wegen der selbständigen Prozeßführung der Ehefrau dann, wenn der Anfall zum Ehegute erfolgt ist, bestimmt der § 1302.

Zweiter Titel.

Erbunwürdigkeit.

§§ 2045—2050.

Unfähigkeit kraft des Gesetzes.

Von den in Deutschland geltenden Rechten betrachtet nur das österr. G. B. den Erbunwürdigen als kraft des Gesetzes unfähig, aus dem betreffenden Nachlasse zu erben, mit einer Ausnahme in Ansehung der sich wiederverheirathenden Wittwe (vergl. §§ 540—543, 819); an den Erbunwürdigen fällt nicht an. Für die wegen gewisser Verbrechen vor dem Erwerbe der Erbschaft durch den Strafrichter Verurtheilten steht das württemb. Recht nach dem Ges. v. 5. September 1839 auf gleichem Boden[1]).

Die Mehrzahl der Deutschen Rechte geht davon aus, daß der Erbunwürdige Erbe wird, daß ihm aber die Erbschaft wieder entzogen werden kann. Nach einigen Rechten verliert der Erbe nur die Vortheile der Erbschaft; er bleibt jedoch Erbe. So nach gemeinem Rechte, nach dem bayr. L. R. III, 1 § 20 und anderen Rechten beschränkteren Geltungsgebietes[2]), auch nach dem preuß. A. L. R.[3]). Nach dem franz. Rechte, code civil Art. 727—729, 1046, 1047, gestaltet sich das Verhältniß ähnlich wie bei dem ausschlagenden Erben. Das sächs. G. B. §§ 2280, 2278 mit §§ 2259, 2261 gelangt im Wesentlichen zu dem gleichen Ergebnisse, indem es die Unwürdigkeit abhängig macht von der seitens eines Betheiligten zu betreibenden Unwürdigkeitserklärung, die Wirkungen einer solchen Erklärung aber denen der Ausschlagung angleicht. In der Hauptsache auf gleicher Auffassung beruhen ferner die thüring. Erbgesetze[4]).

Der Entwurf unterscheidet nicht zwischen Indignität und Inkapazität. Indem er die Anfechtung zum Ausgangspunkte nimmt (§§ 2046, 2047), folgt er der Mehrzahl der Deutschen Rechte.

---

[1]) Vergl. Stein § 150 und Unger § 5 Anm. 4, 18.

[2]) Windscheid § 674; Roth § 381 Anm. 41 ff.; Unger § 5 Anm. 4.

[3]) Vergl. Dernburg § 101; Eccius § 278.

[4]) Der hess. Entw. folgt dem franz. Rechte, Art. 8, 340, 341, 355—357; Mommsen führt aus, er habe sich dem österr. G. B. angeschlossen (Mot. S. 140). Im Ergebnisse weicht er jedoch nicht erheblich ab von dem sächs. G. B. (vergl. §§ 12, 13, 16—18).

Fiskus als Berechtigter.

Das gemeine Recht erklärt den Fiskus für denjenigen, welcher die Erbschaft dem Unwürdigen zu entreißen hat[1]). Diesen in älteren Rechten noch festgehaltenen Grundsatz hat bereits das preuß. A. L. R. verlassen[2]); alle neueren Rechte haben dem Fiskus eine solche Befugniß nicht eingeräumt.

Der Entwurf sieht gleichfalls von einer Begünstigung des Fiskus ab.

Das preuß. A. L. R. läßt gewisse Gründe nur in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge wirken[3]). Eine Unterscheidung in dieser Richtung ist nicht aufgenommen.

§ 2045.

I. Gründe der Erbunwürdigkeit.

Der Entwurf geht durchweg davon aus, daß es in Ansehung der Unwürdigkeitsgründe nicht, wie bei den Gründen der Pflichttheilsentziehung (§ 2001), auf die besonders schwere gegen den Erblasser sich richtende Verfehlung ankomme, durch welche die einer Strafe ähnliche Zufügung eines Vermögensnachtheiles sich rechtfertigt. Vielmehr ist der Grund der Erbunwürdigkeit wesentlich der, daß der Erbunwürdige den Erblasser hindert, von seiner Testirfreiheit Gebrauch zu machen, oder daß er nach dem Tode des Erblassers einen hindernden Einfluß in Ansehung der Feststellung des Willens des Erblassers ausübt. Nach diesen Gesichtspunkten sind die Voraussetzungen der Erbunwürdigkeit bestimmt. Verlangt wird nicht der Nachweis, daß der Erblasser ohne die Verfehlung des Unwürdigen in anderer Weise, als geschehen, von Todeswegen verfügt haben würde oder, daß und in welcher Weise der Erblasser verfügt haben würde. Es genügt, daß die Handlung des Unwürdigen sich als eine Kränkung der Testirfreiheit des Erblassers darstellt. Die Voraussetzung muß erschüttert sein, daß der wirkliche Wille des Erblassers zum vollen und rechtsgültigen Ausdrucke gelangt sei, oder, wenn es in Ermangelung jeder Verfügung des Erblassers von Todeswegen um die gesetzliche Erbfolge sich handelt, daß der Erblasser die gesetzliche Erbfolge ohne jene Handlung nicht durch eine Verfügung von Todeswegen geändert haben würde.

Die anerkannten einzelnen Erbunwürdigkeitsgründe werden unter Nr. 1 bis 4 aufgezählt.

Tödtung des Erblassers.

Der Grund Nr. 1 (dolose Tödtung des Erblassers) ist allen geltenden Rechten bekannt[4]). Das Delikt ist in derselben Weise wie im § 722 bezeichnet. Es kommt nicht in Betracht, ob die Absicht des Handelnden auf einen Eingriff in die Testirfreiheit gerichtet war. Die Handlung muß gewollt sein; sie muß ihrer Natur nach den Gebrauch der Testirfreiheit seitens des Erblassers beschränken. Schaltet sich eine Zwischenzeit zwischen der rechtswidrigen Handlung

[1]) Windscheid §§ 670, 671; Roth § 381 Anm. 41 ff.

[2]) Dernburg § 101 Anm. 3, 4.

[3]) Vergl. Dernburg § 101; Eccius § 278.

[4]) Vergl. Windscheid § 670; Seuffert's Archiv 32 Nr. 59, 43 Nr. 34; Roth § 381 Anm. 7; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 599, 600 — ob auf die gesetzliche Erbfolge auszudehnen, ist nicht unzweifelhaft, vergl. aber II, 1 §§ 828, 829, —; code civil Art. 727; sächs. G. B. § 2277; Mommsen § 12; hess. Entw. Art. 8; bayr. L. R. III, 1 § 20; u. A.

und dem Tode des Erblassers ein, in welcher der Erblasser im Stande gewesen ist, von seiner Testirfreiheit zum Nachtheile des ihm bekannten Unwürdigen Gebrauch zu machen, so behält dennoch der Erbunwürdigkeitsgrund seine Geltung.

Lebensnachstellungen, Versuch der Tödtung.

Nicht in gleicher Weise sind Lebensnachstellungen oder der Versuch einer Tödtung (code civil Art. 727; hess. Entw. Art. 8 Nr. 1) zu beurtheilen, da nicht von dem Gesichtspunkte der Strafe ausgegangen ist.

Nicht aufgenommen ist der gemeinrechtliche Grund der unterlassenen gerichtlichen Verfolgung des Mörders[1]).

Zustand der Unfähigkeit, letztwillig zu verfügen.

Der Tödtung gleichgestellt ist (sächs. G. B. § 2277; Mommsen § 12 Nr. 1) der Fall, daß der Erblasser bis zu seinem Tode in einen Zustand versetzt wurde, durch welchen er zur Errichtung einer letztwilligen Verfügung unfähig wurde. Für diesen Fall muß, gemäß dem im Eingange Bemerkten, der Vorsatz nicht gerade darauf gerichtet sein, den Erblasser bis zu dessen Tode in einen Zustand zu versetzen, welcher nach dem Gesetze die Testirunfähigkeit zur Folge hat. Nicht erforderlich ist ferner, daß überhaupt an die Testirunfähigkeit besonders gedacht sei.

Verhinderung an einer beabsichtigten Verfügung.

Der Grund Nr. 2 betrifft die Verhinderung an einer konkreten von dem Erblasser beabsichtigten Verfügung. Dieser Grund ist dem überwiegend geltenden Rechte entnommen[2]).

Die Aufhebung der letztwilligen Verfügung ist besonders erwähnt, da sonst Zweifel entstehen könnten, ob auch die Verhinderung am Widerrufe mitgetroffen sei, insbesondere, wenn es sich um einen beabsichtigten Widerruf durch Zerstörung der Urkunde (§ 1934) oder durch Zurücknahme der letztwilligen Verfügung aus dem amtlichen Gewahrsam (§ 1935) gehandelt hat. Die Verhinderung an dem Abschlusse eines erbrechtlichen Vertrages wird einbezogen und deshalb von „Verfügungen von Todeswegen" geredet. Auch dann liegt ein Eingriff in die Testirfreiheit des Erblassers vor, wenn das Zustandekommen einer von dem Erblasser gewollten vertragsmäßigen Verfügung gehindert wird.

Widerrechtliche Bestimmung zu einer Verfügung.

Der Grund Nr. 3, widerrechtliche Bestimmung zu einer Verfügung von Todeswegen, trifft auch die Bestimmung des Erblassers zu einer vertragsmäßigen Verfügung[3]). Nicht erwähnt ist die Anwendung von Gewalt, weil im Falle körperlicher Ueberwältigung (vis absoluta) von einer Willensbestimmung des Erblassers nicht gesprochen werden kann und der Fall der vis absoluta auch ohne ausdrückliche Erwähnung vermöge des argumentum a potiori mitgetroffen ist.

Dieser Unwürdigkeitsgrund kann entbehrlich und die Anfechtbarkeit der an einem Willensmangel leidenden Verfügung des Erblassers ausreichend erscheinen. Für die Aufnahme des Grundes ist als entscheidend erachtet, daß durch die widerrechtliche Beeinflussung des Erblassers eine Unsicherheit darüber

---

[1]) Windscheid § 670 Nr. 2; Roth § 381 Anm. 8.

[2]) Windscheid § 671 Nr. 6; Roth § 381 Anm. 10; preuß. A. L. R. I, 12 § 605; Mommsen § 12 Nr. 2.

[3]) Preuß. A. L. R. I, 12 § 609; sächs. G. B. § 2277; Mommsen § 12 Nr. 2; hess. Entw. Art. 8 Nr. 2; u. A.

herbeigeführt wird, wie der Erblasser sonst vielleicht verfügt haben würde. Eine derartige Kränkung der Testirfreiheit des Erblassers muß als ein genügender Grund für die Erbunwürdigkeit angesehen werden.

Fälschung u. s. w.

Der Grund Nr. 4 betrifft die nach den §§ 267—274 des Str. G. B. strafbaren Handlungen in Ansehung einer Verfügung von Todeswegen (also auch vertragsmäßiger Verfügungen). Das geltende Recht zählt zumeist die Fälle auf, welche hierher gehören, aber keineswegs gleichmäßig, insbesondere Unterdrücken, Fälschen, Beweisunbrauchbarmachen oder Unterschlagen der errichteten Urkunde, Unterschieben einer falschen Urkunde u. dergl.[1]).

Die Anlehnung an die Vorschriften des Str. G. B. über Urkundenfälschung verdient den Vorzug, weil durch die Bezugnahme auf diese Vorschriften der verlangte Thatbestand genau und erschöpfend festgestellt wird. Das Delikt der Urkundenfälschung unterscheidet sich von den durch die Gründe Nr. 1—3 getroffenen Verfehlungen dadurch, daß die letzteren bei dem Tode des Erblassers zu einer Rechtslage in Ansehung der Erbschaft führen, von welcher durch das Delikt zweifelhaft wird, ob sie mit dem wirklichen und freien Testirwillen des Erblassers sich in Uebereinstimmung befindet, während die Urkundenfälschung die Rechtslage gar nicht oder doch nur mittelbar dadurch beeinflußt, daß für die Ueberlebenden die klare Rechtslage verdunkelt wird oder verdunkelt werden soll. Für das Schicksal der Erbschaft ist aber nicht die wirkliche, sondern die scheinbare und erweisliche Rechtslage bestimmend. Daraus erhellt, daß die Urkundenfälschung geeignet ist, die Testirfreiheit, dem praktischen Erfolge nach, in gleichem Maße zu kränken, wie die in den Nrn. 1—3 bezeichneten Verfehlungen. Entscheidend kann nicht sein, ob die Urkundenfälschung wirklich zu einer nicht zu hebenden Dunkelheit der Verfügungen des Erblassers geführt und dadurch dessen Willen unausführbar gemacht hat. Würde die Erbunwürdigkeit ausschließlich von dem Umstande abhängig gemacht, daß thatsächlich der Wille des Erblassers verdunkelt ist, so würde der Zufall entscheiden, ob nicht trotz der Urkundenfälschung die wahre Rechtslage klargestellt und der rechtsgültige Wille des Erblassers in vollem Umfange zur Ausführung gebracht werden kann. Der Fälscher muß auch dann, wenn er seine Ziele verfehlt, von dem Nachtheile der Erbunwürdigkeit getroffen werden. Wenngleich dadurch ein gewisses strafendes Moment in die Vorschriften über die Erbunwürdigkeit hineingetragen wird, so läßt sich doch hieraus allein ein gegründetes Bedenken gegen die Aufnahme der Vorschrift nicht herleiten.

Darauf, welchen Inhalt die von der Urkundenfälschung betroffene Verfügung von Todeswegen hatte, kann es ebensowenig ankommen, wie der Inhalt der zu treffenden oder getroffenen Verfügung in Ansehung der Gründe Nr. 2, 3 erheblich ist.

Ablehnung weiterer Unwürdigkeitsgründe.

Im geltenden Rechte findet sich noch eine Anzahl anderer Erbunwürdigkeitsgründe, theils solche, theils Verfehlungen gegen den Erblasser (vergl.

[1]) Windscheid § 671 Nr. 3, 4; Roth § 381 Anm. 12; preuß. A. L. R. I, 12 § 608; sächs. G. B. § 2277; Mommsen § 12 Nr. 3; hess. Entw. Art. 8 Nr. 3.

außer dem gemeinen Rechte[1]) preuß. A. L. R. I, 12 § 599 mit II, 2 § 762, code civil Art. 727 Nr. 2, 3, österr. G. B. § 540), theils Verfehlungen gegen den letzten Willen des Erblassers[2]), theils Verfehlungen gegen das Gesetz[3]). Diese weiteren Gründe sind theils nicht für erheblich genug erachtet, um sie aufzunehmen, theils sind sie ungeeignet gegenüber der dargelegten Grundauffassung. In Ansehung einiger dieser Gründe genügt die Befugniß des Erblassers, den Pflichttheil zu entziehen (§ 2001), in Ansehung anderer kommen ausschließlich Strafgesichtspunkte in Betracht.

Mitwirkung Mehrerer.

Daß, soweit mehrere Personen bei der entscheidenden Verfehlung mitgewirkt haben, jede Art der Theilnahme an dem zur Erbunwürdigkeit führenden Delikte genügt, ist hier so wenig wie im Falle des § 2001 ausdrücklich zu bestimmen nöthig (vergl. zum § 2001 S. 431).

§ 2046.

II. Geltendmachung.
1. Anfechtung.

Im Anschlusse an die Mehrzahl der geltenden Rechte hat sich der Entwurf gegen das System der Wirkung der Unwürdigkeit kraft des Gesetzes und für die Anfechtbarkeit entschieden. Freilich spricht gegen die Anfechtbarkeit, daß die Anfechtung sich nicht, wie sonst in dem Entwurfe, richtet gegen den Bestand eines Rechtsgeschäftes (vergl. z. B. §§ 1780 ff., 1948 ff., 2040 ff.) oder gegen eine Willenserklärung (§ 103), sondern gegen ein Rechtsverhältniß, „das Erbegewordensein", ferner daß die Gesichtspunkte, welche zu der gewöhnlichen Anfechtbarkeit führen, hier nicht zutreffen. Dagegen kommt von dem praktischen Standpunkte aus vorzugsweise in Betracht, daß die Wirkung kraft des Gesetzes unvereinbar ist mit dem an der Kundbarkeit der Erbfolge bestehenden öffentlichen Interesse. Es würde nicht angemessen sein, einem Thatbestande, welcher seiner Natur nach in der Regel dem Kundwerden sich entzieht, einen kraft des Gesetzes wirkenden Einfluß auf den Eintritt der Erbfolge beizulegen. Diese Rücksichten führen dazu, eine gerichtliche Feststellung der Erbunwürdigkeit zu verlangen und das Rechtsverhältniß des Erbeseins eines Unwürdigen nach den für die Anfechtbarkeit geltenden Grundsätzen zu beurtheilen. Nach dem Entwurfe unterliegt auch die Stellung eines Kindes als eines ehelichen — also gleichfalls ein Rechtsverhältniß, kein Rechtsgeschäft — einer ähnlichen Anfechtung (vergl. § 1475). Um die angedeuteten Zwecke zu erreichen, muß die Anfechtungserklärung nicht nur formalisirt, sondern auch ihre Wirksamkeit bis zur Erlassung des Urtheiles hinausgeschoben werden, und zwar in der Weise, daß die Anfechtung erst in diesem Zeitpunkte wirkt, dann aber auch von diesem Zeitpunkte an rückwirkende Kraft erlangt.

Anfechtbarkeit.

Der erste Absatz spricht lediglich den Grundsatz der Anfechtbarkeit aus.

Zeit der Zulässigkeit.

Die Anfechtung ist erst nach dem Anfalle zulässig (Abs. 2). Hinzugefügt ist die Ausnahme, daß die Anfechtung im Falle der Erbunwürdigkeit eines Nacherben schon vor dem Anfalle der Erbschaft an den Nacherben nach Ein-

[1]) Windscheid § 670; Roth § 381.
[2]) Windscheid § 671; Roth § 381.
[3]) Windscheid § 672; Roth § 381; Dernburg § 101 Nr. 3; u. A.

tritt des Erbfalles erfolgen kann (Satz 2). Mitgetroffen ist durch die Ausnahme der Fall der Einsetzung unter einer aufschiebenden Bedingung, da eine solche nach dem § 1808 als Nacherbeinsetzung wirkt. Für die Vorschrift sprechen Gründe der Zweckmäßigkeit. In einem solchen Falle nimmt der Erbunwürdige schon von dem Erbfalle an eine Rechtsstellung ein, aus welcher er durch die Anfechtung muß verdrängt werden können. Wenn aber auch vor dem Anfalle geklagt werden kann, so läuft doch selbst in diesem Falle die Präklusivfrist des vierten Absatzes erst von der Kenntniß des Anfechtungsgrundes (Abs. 4 Satz 2).

Der Anfechtungsberechtigte.

Anfechtungsberechtigt kann nach der dem Entwurfe zu Grunde liegenden Auffassung (vergl. § 1972) nur derjenige sein, welcher Erbe sein würde, wenn der Erbunwürdige den Erblasser nicht überlebt hätte (vergl. Abs. 3).

Im Anschlusse hieran, entsprechend dem § 2028 Abs. 2, für den Fall vorzusehen, daß der Anfechtungsberechtigte während des Laufes der Anfechtungsfrist verstorben ist, erscheint nicht erforderlich. Wirkte die Unwürdigkeit kraft des Gesetzes, so würde der § 2028 Abs. 2 selbstverständlich anwendbar sein. Dadurch, daß der von dem Unwürdigen gemachte Erwerb nur für anfechtbar erklärt wird, soll das schließliche materielle Ergebniß nicht geändert werden; es wird nur bestimmt, daß dieses Ergebniß im Wege der Anfechtung herbeizuführen ist. Nun würde freilich ein abweichendes Ergebniß eintreten, wenn das Anfechtungsrecht ein höchstpersönliches Recht wäre, welches ausschließlich dem ursprünglich Anfechtungsberechtigten zustände. Von dem Grundgedanken des Entwurfes über die Erbunwürdigkeit ausgegangen, liegt eine solche Auffassung so fern, daß einer solchen nicht durch die Aufnahme einer Vorschrift, welche eher verdunkelnd wirken würde, entgegenzutreten ist.

Als selbstverständlich ist ferner angesehen, daß, wenn ein an sich anfechtungsberechtigter Erbe in der Weise wegfällt, daß der Anfall als an ihn nicht erfolgt anzusehen ist (vergl. z. B. § 2042), das Anfechtungsrecht auf den an dessen Stelle tretenden Erben übergeht.

Frist zur Anfechtung.

Die Vorschriften über die Anfechtungsfrist (Abs. 4—6) entsprechen den Vorschriften des § 1788 mit den erforderlichen Modifikationen in Ansehung des Beginnes der Frist. Die Modifikationen lassen die vollständige Aufnahme der Vorschriften ohne Verweisung auf den § 1788 angemessen erscheinen, da eine Verweisung mit Hinzufügung der Maßgabe nicht zu einer erheblichen Abkürzung führen würde. Wegen der Entbehrlichkeit eines Schutzes Dritter, welche sich mit dem Erbunwürdigen eingelassen haben, vergl. zum § 2091.

Schutz Dritter.

§ 2047.

2. Art der Anfechtung. Beginn der Wirkung.

Die Anfechtung erfolgt durch Erhebung der Klage auf Erbunwürdigkeitserklärung. Die Klage enthält, wie die Klage, durch welche eine Ehe oder die Ehelichkeit des Kindes angefochten wird, zugleich den rechtsgeschäftlichen Anfechtungsakt. Nach dem § 2046 ist Gegenstand dieser Anfechtung der Anfall. Der Klageantrag geht auf Erbunwürdigkeitserklärung, weil diese — ähnlich wie die Ungültigkeit einer anfechtbaren Ehe — zur Klarstellung der Rechtslage mit Rücksicht auf die wichtigen Vorschriften des § 2048 (Behandlung, als wäre

der Anfall nicht erfolgt u. s. w.) auszusprechen ist und der Klageantrag dem Urtheile zu entsprechen hat, obschon er sachlich mit dem Antrage zusammenfällt, die Anfechtung mit den Wirkungen des § 2048 für begründet zu erklären.

Deklaratorische Natur des Urtheiles.

Das Urtheil ist nur deklaratorischer, nicht konstitutiver Natur. Dies stellt der § 2048 außer Zweifel. Die vernichtende Wirkung in Ansehung des Anfalles wohnt auch hier der Anfechtungserklärung bei. Die Bezeichnung der Klage als Klage auf Erbunwürdigkeitserklärung darf nicht so aufgefaßt werden, als sollte von diesem Grundsatze abgewichen und dem Urtheile konstitutive Bedeutung beigelegt werden. Der § 1972 enthält gleichfalls den Ausdruck „für erbunwürdig erklärt ist", ebenso der § 2022; es sind also durchweg an die durch richterliches Urtheil erklärte, d. h. festgestellte Erbunwürdigkeit Wirkungen geknüpft.

Zwischenzeit bis zum Urtheile.

In der Zwischenzeit zwischen der Klagerhebung und dem feststellenden Urtheile dürfen der geschehenen Anfechtung im Interesse der Kundbarkeit des Rechtsverhältnisses noch nicht gegenwärtige Wirkungen zugestanden werden. Dies bringt der zweite Satz zum Ausdrucke. Die Aufnahme der Vorschrift ist geboten, weil es bei der gewöhnlichen Anfechtung nach dem § 113 in Verbindung mit dem § 112 sich anders verhält.

Anfechtungsgegner.

Daß Anfechtungsgegner der Unwürdige ist, bedarf der Erwähnung nicht. Würde es bestimmt, so wäre das Mißverständniß möglich, die Klage dürfe nur gegen den Unwürdigen selbst, nicht gegen dessen Universalnachfolger, gerichtet werden. Würden aber letztere ebenfalls erwähnt, so würden damit alle diejenigen Vorschriften, bei welchen ein solcher Zusatz nicht gemacht ist, verdunkelt.

Fürsorge für gewisse Dritte.

Vorzusehen, daß ein Dritter, an welchen eine Zuwendung unter einer zu Gunsten des Unwürdigen beigefügten Bedingung erfolgt ist, nicht leide, falls die Bedingung wegen der Unwürdigkeit desjenigen, dessen Vortheil sie bezweckt, nicht erfüllt werden kann (vergl. Mommsen § 13 Abs. 3, dessen Mot. S. 143), erscheint nicht erforderlich. Es handelt sich um einen ganz speziellen Fall, für welchen eine angemessene Entscheidung schwerlich allgemein gegeben werden kann.

§ 2048.

III. Wirkungen der durchgeführten Anfechtung.

Die rechtlichen Wirkungen der begründeten Anfechtung oder der Erbunwürdigkeitserklärung werden bestimmt (Abs. 1), indem die Vorschriften des § 2042 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, 2 für entsprechend anwendbar erklärt werden. Der Anfall gilt also als nicht erfolgt, die Erbschaft fällt demjenigen an, welcher berufen gewesen wäre, wenn der Erbunwürdige den Erblasser nicht überlebt hätte; der Anfall an den an Stelle des Erbunwürdigen Berufenen gilt als mit dem Erbfalle erfolgt. Der Entwurf schließt sich hiernach nicht dem gemeinen Rechte und dem preuß. A. L. R. an; er gelangt aber durch seine Regelung zu einer nicht unerheblichen Vereinfachung. Eine verschiedene Behandlung, je nachdem es sich um gesetzliche Erbfolge oder um Berufung durch letztwillige Verfügung handelt (vergl. code civil Art. 1046, 1047 mit Art. 727), würde nicht angemessen sein; für den code civil ist wohl auch in dieser Beziehung die Unterscheidung zwischen Erben und légataires universels von Bedeutung gewesen. Ausdrücklich hervorzuheben, daß jene Unterscheidung

zwischen den Berufungsgründen nicht gemacht wurde, ist nicht erforderlich. Selbstverständlich erscheint ferner, daß es auch nicht von Belang ist, ob der Erbe ein Pflichttheilsberechtigter ist oder nicht ist.

Nichtberechtigung des Anfechtenden zur Ausschlagung.

Daß der Anfechtende nicht ausschlagen kann (Abs. 2), rechtfertigt sich deshalb, weil es nicht zulässig erscheint, an die Stelle eines schwebenden Verhältnisses ein anderes schwebendes Verhältniß zu setzen. Dies würde aber geschehen, wenn der Anfechtende durch die Erbunwürdigkeitserklärung nur in die Stellung eines noch zur Ausschlagung berechtigten Erben gelangte. Deshalb wird durch zwingende Vorschrift der Anfechtung die Wirkung einer Annahmeerklärung beigelegt. So zu regeln, erscheint nicht bedenklich, da der Anfechtende ein wirkliches, berechtigtes Interesse an der Erbunwürdigkeitserklärung nicht haben kann, wenn er nachträglich noch ausschlagen will.

Anfechtung seitens eines von mehreren Berechtigten.

Von einer Vorschrift für den Fall, daß von mehreren Anfechtungsberechtigten nur einer oder mehrere die Erbunwürdigkeitsklage erheben, ist hier, wie in anderen Fällen der Anfechtung, abgesehen. Ein besonderer Grund, dieser Frage gerade bei der Erbunwürdigkeit näher zu treten, liegt nicht vor. Auch im Falle des § 112 ist die Frage nicht im Gesetze gelöst, ebensowenig im Falle des § 1785.

§ 2049.

IV. Pflichttheilsanspruch.

Wie zum § 2048 bemerkt ist, versteht es sich von selbst, daß der Erbe, welcher zugleich pflichttheilsberechtigt ist, ebenfalls für erbunwürdig erklärt werden kann, und durch die Erbunwürdigkeitserklärung Erbrecht und Pflichttheilsrecht verliert. Der § 2049 befaßt sich mit einem anderen Falle. Er versagt dem Pflichttheilsberechtigten, welcher nicht Erbe ist, dem also nur der Pflichttheilsanspruch zusteht, diesen Anspruch im Falle der Erbunwürdigkeit dergestalt, daß die Unwürdigkeit im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann, ohne daß es einer Anfechtungsklage und Erbunwürdigkeitserklärung bedarf, und ohne daß die Einrede (wie die Anfechtungsklage) an eine Präklusivfrist gebunden ist. Es wird also zu der einfacheren Wirkung der Erbunwürdigkeit kraft des Gesetzes zurückgekehrt. Dies kann geschehen, weil nach den §§ 1975, 1976 das Pflichttheilsrecht nur ein Schuldverhältniß zwischen dem Erben und dem Erbunwürdigen zur Folge hat und damit diejenigen Gründe entfallen, welche gegen die Bestimmung einer unmittelbaren und kraft des Gesetzes eintretenden Wirkung maßgebend sind. Ein vor dem Erbfalle liegender Unwürdigkeitsgrund wirkt kraft des Gesetzes vernichtend. In Ansehung der Zurückforderung des Geleisteten entscheiden die Vorschriften über die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Den bezeichneten Anspruch zeitlich zu begrenzen, fehlt es an genügenden Gründen. Zudem ist die Frage von so geringer praktischer Bedeutung, daß schon deshalb eine Sondervorschrift besser vermieden wird.

Einrede.

Zurückforderung des Geleisteten.

Gleichstellung mit dem Erbschaftsanspruche.

Eine besondere Vorschrift wegen Rückbeziehung der Wirkungen einer erfolgreichen Anfechtung mit der Erbunwürdigkeitsklage in der Weise, daß von der Erhebung der Anfechtung an alle Folgen eintreten, welche an die Erhebung der Erbschaftsklage sich knüpfen, ist entbehrlich. Dahingestellt bleiben kann,

ob mit der Anfechtungsklage der Erbschaftsanspruch verbunden werden kann; diese prozessuale Frage eignet sich ihrer Natur nach nicht zur Lösung durch das bürgerliche Recht. Um so weniger wäre es angemessen, durch eine besondere Vorschrift dafür zu sorgen, daß auch dann, wenn eine Verbindung beider Ansprüche nicht erfolgt ist, von der Erhebung der Anfechtungsklage an für den Kläger die Folge eintritt, daß der Erbunwürdige als Prozeßbesitzer, also in weiterem Umfange, nach dem § 244 haftet. Eine solche positive Entscheidung wäre an sich bedenklich; sie würde aber auch kaum von praktischem Interesse sein, da der Unwürdige selbst immer in bösem Glauben oder im Verzuge sein wird; nur der Erbe des Unwürdigen kann vielleicht redlicher Besitzer sein.

Nutznießung rc. an dem der Ehefrau rc. Zugefallenen.

In einigen Rechten findet sich eine Vorschrift, daß der Erbunwürdige kein Recht haben soll auf die Nutznießung und Verwaltung dessen, was seiner Ehefrau oder seinen Kindern von dem Nachlasse zufällt[1]). Als erbrechtliche Vorschrift entbehrt dieselbe der Begründung; aus familienrechtlichen Gesichtspunkten würde es sich ebensowenig rechtfertigen lassen, die Unwürdigkeit als Beendigungsgrund für die eheliche Nutznießung und Verwaltung oder für die elterliche Nutznießung aufzustellen (vergl. die §§ 1327 ff., 1536, 1553, 1554).

§ 2050.

V. Verzeihung.

In Ansehung der Wirkungen der Verzeihung stimmt der Entwurf überein mit dem sächs. G. B. § 2279, dem österr. G. B. § 540, den thüring. Erbgesetzen und einigen anderen Rechten[2]). Das gemeine Recht räumt der Verzeihung rechtliche Wirkungen nicht ein; das Gleiche gilt von dem code civil in den Fällen des Art. 727. Das preuß. A. L. R. I, 12 § 600 bestimmt solche Wirkungen nur für den Fall der Tödtung in Folge eines Versehens[3]).

Zu weit würde es gehen, wenn die gegen den Erblasser sich richtende Verfehlung noch als Erbunwürdigkeitsgrund gelten sollte, nachdem eine Verzeihung stattgefunden hat, während die Pflichttheilsentziehung in Gemäßheit des § 2004 unwirksam ist, wenn der Erblasser die Handlung verziehen hat, welche die Entziehung rechtfertigt. Die Erbunwürdigkeit ist nur bestimmt im Interesse der Testirfreiheit des Erblassers; seiner Verzeihung muß daher ein Erfolg zugebilligt werden, wenngleich es sonst nicht in der Macht des Erblassers steht, die gesetzlichen Folgen der Erbunwürdigkeit durch Rechtsgeschäft aufzuheben. Eine besondere Form der Verzeihung vorzuschreiben[4]), geht nicht an; damit würde der Zweck der Vorschrift im Wesentlichen vereitelt.

Mit der Verzeihung fallen selbstverständlich alle Wirkungen der Erbunwürdigkeit weg, also auch die kraft des Gesetzes tilgende Wirkung in Ansehung des Pflichttheilsanspruches.

---

[1]) Vergl. außer den thüring. Erbgesetzen code civil Art. 730; hess. Entw. Art. 356; Mommsen § 14 (dessen Mot. S. 143).

[2]) Mommsen § 15; hess. Entw. Art. 358; u. A.

[3]) Vergl. Dernburg § 101 Anm. 7; Eccius § 278 Anm. 1.

[4]) Hess. Entw. Art. 358; dagegen Mommsen's Mot. S. 141, 142.

Verzicht auf die Anfechtung.

Ueber die Wirkungen des einseitigen Verzichtes auf das Anfechtungsrecht seitens des Anfechtungsberechtigten und die Genehmigung seitens des Anfechtungsberechtigten bedarf es besonderer Vorschriften nicht. Ein einseitiger Verzicht kommt im Falle der Erbunwürdigkeit schon deshalb nicht in Frage, weil der Anfechtungsberechtigte nicht der durch den Erbunwürdigkeitsgrund oder die diesem zu Grunde liegende Verfehlung Verletzte ist. Aus der Natur der Erbunwürdigkeit ergiebt sich vielmehr, daß es nicht in der Macht des Anfechtungsberechtigten steht, die von dem Gesetze bestimmten Folgen der Unwürdigkeit durch eine Willenserklärung aufzuheben. Inwieweit ein vertragsmäßiger Verzicht den Anfechtungsberechtigten bindet, bestimmt sich nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch, da diesem dinglichen Anspruche Einwendungen aus einem obligatorischen Rechte entgegengesetzt werden können.

Wegfall des Anfechtungsrechtes wegen unterlassener Verfügung.

Entsprechend der Vorschrift des § 1786 das Anfechtungsrecht dann wegfallen zu lassen, wenn im Falle der Verhinderung des Erblassers an der Errichtung einer letztwilligen Verfügung (§ 2045 Nr. 2) diese Verhinderung während des Lebens des Erblassers weggefallen und von dem Zeitpunkte des Wegfalles an bis zum Tode des Erblassers ein Jahr verstrichen ist, würde nicht angemessen sein. Keine Gesetzgebung hat eine Vorschrift für diesen besonderen Fall. Nach der Fassung des § 2045 Nr. 2 wird es nicht zweifelhaft sein, daß Handlungen, durch welche der Erblasser nur vorübergehend gehindert wurde, nicht nothwendig als wirkliche Hinderung im Sinne jener Vorschrift aufzufassen sind, wenn der Erblasser nachträglich noch genügend Zeit hatte, von Todeswegen zu verfügen.

Dritter Titel.

Wirkungen des Erbschaftserwerbes.

Die §§ 2051—2057 erschöpfen nicht die Wirkungen des Erbschaftserwerbes; vielmehr werden nur einige Wirkungen erwähnt. Die Ueberschrift des Titels wird indessen nicht irre führen.

§ 2051.

I. Uebergang der einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten.

Die Vorschrift des ersten Satzes spricht aus, daß mit dem Vermögen als Ganzem (§ 2025 Abs. 1) auch die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten, aus welchen das Ganze sich zusammensetzt, übergehen[1]). Die Worte „Ver-

[1]) Windscheid §§ 528, 605; Unger § 1; Mommsen § 244; — in der Fassung weichen mehr oder weniger ab preuß. A. L. R. I, 9 § 350 mit I, 2 §§ 34, 35; österr. G. B. § 531; sächs. G. B. §§ 2281, 2284; code civil Art. 724; hess. Entw. Art. 240.

mögen des Erblassers" sind gewählt, obschon der Ausdruck „Erbschaft" näher zu liegen scheint, da die Vorschrift an den § 2025 sich anschließt. Die unentbehrliche Beschränkung „soweit die Rechte und Verbindlichkeiten nicht mit dem Tode des Erblassers erlöschen" würde den Ausdruck „Erbschaft" inkorrekt erscheinen lassen; denn die mit dem Tode des Erblassers erloschenen Rechte und Verbindlichkeiten gehören nicht zur Erbschaft. Uebergang „auf den Erben" bezieht sich selbstverständlich auch auf den gesetzlichen Erben.

Uebergang kraft des Gesetzes.

Eine Hinweisung auf die Wirkungen des Inventarrechtes ist an dieser Stelle entbehrlich. Rathsam ist es aber, hervorzuheben, daß auch der Uebergang der einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten kraft des Gesetzes erfolgt.

Ein Verzeichniß derjenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche mit dem Tode des Erblassers erlöschen, ist von keinem geltenden Rechte beigefügt. Der Entwurf enthält sich gleichfalls eines solchen Verzeichnisses.

Rechte des Erblassers gegen den Erben.

Darüber, daß durch den Erwerb der Erbschaft die Rechte des Erblassers gegen den Erben und des Erben gegen den Erblasser erlöschen (vergl. preuß. A. L. R. I, 16 §§ 486 ff.; code civil Art. 802; sächs. G. B. § 2285; Mommsen § 248; u. A.[1]), sind Vorschriften nicht erforderlich; es genügen die Vorschriften der §§ 291, 1016 Abs. 1; für das Immobiliarsachenrecht schließt der § 835 das Erlöschen aus. Wegen der Ausnahmen sind ferner zu vergleichen die §§ 333, 499, 1016 Abs. 1 Satz 2, §§ 1031, 1032, 1833, 2114, 2133 Abs. 2.

Auch darüber sind Vorschriften entbehrlich, wie die Sachlage sich gestaltet, falls der Erblasser über Gegenstände verfügt hat, welche dem künftigen Erben gehören, selbst dann, wenn das Inventarrecht des Erben in Betracht kommt (vergl. die §§ 310, 830, 876 und Begründung des § 2114).

Mehrere Erben.

Sind mehrere Erben vorhanden, so gehen die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten kraft des Gesetzes auf diese Erben nach Verhältniß der Erbtheile über (Satz 2).

Geltendes Recht.

Das röm. und das gemeine Recht gehen davon aus, die Miterben seien in Ansehung der einzelnen Aktiv- und Passivrechte der Erbschaft dergestalt mitberechtigt und mitverpflichtet, daß das gegenseitige Verhältniß in Ansehung der einzelnen Erbschaftsgegenstände nach denjenigen Vorschriften sich bestimmt, welche überhaupt bei einer Mehrheit von Berechtigten und Verpflichteten entscheiden. Hiernach gestaltet sich das Verhältniß verschieden, je nachdem die Natur des einzelnen Erbschaftsgegenstandes eine Theilung kraft des Gesetzes, eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen, eine Gemeinschaft ohne Bruchtheile oder die Folgen mit sich bringt, welche an die Untheilbarkeit des Gegenstandes einer Forderung oder Verbindlichkeit sich knüpfen. Das Ergebniß ist somit dasselbe, wie wenn den Miterben eine gleiche Anzahl von Erblassern, wie Erbschaftsgegenstände vorhanden sind, gegenübersteht, für deren gegenseitiges Verhältniß in Ansehung der einzelnen Gegenstände des Nachlasses das den Erbtheilen entsprechende Bruchtheilverhältniß, soweit es überhaupt auf Bruchtheile ankommt, maßgebend ist. Jeder Erbschaftsgegenstand erscheint

---

[1]) Vergl. für das gemeine Recht Windscheid § 605, insbesondere Anm. 7, Roth § 368 Anm. 5, 6; bayr. L. R. IV, 5 § 3; Eccius § 270 Anm. 19.

gleichsam als besondere Erbschaft, welche gesondert liquidirt und vertheilt wird[1]). Dieser Auffassung hat sich die Mehrzahl der Rechte angeschlossen[2]). Das preuß. A. L. R. beruht auf einer wesentlich anderen Auffassung (vergl. I, 9 §§ 368, 382, I, 17 §§ 115 ff., insbesondere §§ 127 ff., 151). Hiernach findet vor der Erbtheilung nur ein Miteigenthum der Erben statt an der Erbschaft als einem Ganzen, nicht in Ansehung der damit verbundenen Rechte und Pflichten; Aktiva können von den Miterben nur gemeinschaftlich geltend gemacht werden. Nach der Erbtheilung treten zwar die Miterben in alle einzelnen Rechtsverhältnisse des Erblassers ein, jedoch ergiebt sich in Ansehung der Schulden ein Gesammtschuldverhältniß der Erben; die Miterben können sich aber durch Bekanntmachung der bevorstehenden Theilung an die Erbschaftsgläubiger in näher vorgeschriebener Weise der ungetheilten Haftung entziehen (I, 17 §§ 137—146)[3]). Das österr. G. B. steht dem preuß. A. L. R. nahe. Bis zur gerichtlichen Einantwortung der Erbschaft ist das Erbvermögen eine Gesammtmasse, welche als solche von den Erben vertreten wird. Diese können nur zusammen belangt werden. Nach der gerichtlichen Einantwortung gelten zwar dem gemeinen Rechte ähnliche Vorschriften, aber die Erben bleiben gegenüber den Gläubigern Gesammtschuldner[4]).

Einen Mittelstandpunkt nehmen ein: der hess. Entw., in gewissem Umfange auch Mommsen. Nach diesen Entwürfen[5]) kann jeder Miterbe, Gläubiger oder Vermächtnißnehmer verlangen, daß erst nach Befriedigung oder Sicherstellung der Schulden getheilt werde, widrigenfalls alle Miterben gesammtverbindlich haften. Nach dem hess. Entw. Art. 248 können auch Erbschaftsforderungen vor der Erbtheilung nur von den Miterben gemeinschaftlich geltend gemacht und eingezogen werden. Einzelne weitere Abweichungen dieser Entwürfe können hier übergangen werden.

Entwurf.

Der Entwurf folgt dem gemeinen Rechte. Das System des röm. Rechtes ist zwar nicht durch die Rechtslogik oder die allgemeinen Rechtsprinzipien nothwendig geboten. Es liegt insbesondere etwas Anomales in der Theilung der Schulden, welche das Gesetz, unabhängig von einer Betheiligung der Nachlaßgläubiger, bestimmt, während durch Privatautonomie eine ähnliche Theilung ohne Zuziehung der Gläubiger nicht herbeigeführt werden kann. Am nächsten scheint es zu liegen, daß, bevor ein Miterbe einen seiner selbständigen Verfügung unterliegenden Gegenstand erhält, mag dieser Gegenstand auch in dem Bruchtheile eines Rechtes bestehen, der Nachlaß liquidirt und die Schuldentilgung beendet sein muß, und daß bis zu diesem Augenblicke der Nachlaß

---

[1]) Windscheid § 528 Anm. 5, § 608 Anm. 7; Roth § 373 Anm 3—8.

[2]) Vergl. bayr. L. R. III, 1 § 14 Nr. 12, 30, 31; württemb. Recht bei Stein §§ 337, 338; sächs. G. B. §§ 2324, 2347, 2348; Mommsen §§ 244, 253 (dessen Mot. S. 299, 300); code civil Art. 870, 873, 876, 1220, 1221, 1223, letzterer mit nicht unerheblichen Ausnahmen, Art. 873, 1221.

[3]) Vergl. Eccius § 271; Dernburg § 238.

[4]) Vergl. Unger § 43.

[5]) Hess. Entw. Art. 312; Mommsen § 286.

gegenüber den Gläubigern einer einheitlichen Verfügung zu unterliegen und ein ungetheiltes Angriffsobjekt für die Gläubiger zu bilden hat. Um dieses Ziel zu erreichen, müßte diejenige Gemeinschaft besonders geregelt werden, bei welcher ein Vermögen als Ganzes mit Aktiven und Passiven Gegenstand der Gemeinschaft ist. Eine solche Regelung findet sich im H. G. B. für die Liquidation des Vermögens einer Handelsgesellschaft. Es könnte daran gedacht werden, im Anschlusse an diese Vorschriften des H. G. B. oder doch an die leitenden Gedanken derselben, dafür zu sorgen, daß der Satz: Miterben dürfen nichts gewinnen, solange noch unbezahlte Nachlaßschulden vorhanden sind, verwirklicht würde. Dieser Gedanke liegt offenbar dem Systeme des preuß. A. L. R. und des österr. G. B. zu Grunde. Allein ein solcher Anschluß an die Vorschriften des H. G. B. ist nicht durchführbar. Die obwaltenden Verschiedenheiten sind in dieser Hinsicht zu groß. Vor Allem fehlt es bei der Erbschaft an Liquidatoren und an der öffentlichen Kundbarkeit der Personen derselben, an der buchmäßigen Klarlegung des Vermögens und der mit dessen Bestandtheilen eintretenden Veränderungen. Dazu kommt, daß die einzelnen Miterben vermöge der Vorschriften über das Inventarrecht eine verschiedene Rechtsstellung haben können in Ansehung der Verpflichtung zur Schuldentilgung. Endlich würde eine solche Regelung dazu nöthigen, eine Nachlaßverwaltung zwischen dem Erbfalle und der Verfügungsfreiheit der Erben einzuschalten, aus deren Hand der einzelne Miterbe dasjenige empfinge, was ihm nach Tilgung aller Nachlaßschulden und Nachlaßverbindlichkeiten gebührt. Diese Nachlaßverwaltung würde dem Nachlaßgerichte, wie thatsächlich in Oesterreich der Fall, übertragen werden müssen. Alsdann würde eine weitgehende Thätigkeit des Nachlaßgerichtes sowie ein umständliches und kostspieliges Verfahren erforderlich. Dies ginge aus praktischen Gründen kaum an; in der weit überwiegenden Zahl der Erbschaftsfälle würde es als eine drückende Belästigung empfunden werden. Bei der Gemeinschaft aus einer Gesellschaft vermeidet es der Entwurf ebenfalls (vergl. Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 626), die Aufhebung der Gemeinschaft des Gesellschaftsvermögens ähnlich zu gestalten wie die Aufhebung der Gemeinschaft des Vermögens einer Handelsgesellschaft.

Muß hiervon abgesehen werden, so spricht für das gemeine Recht, daß es zu einer Vereinfachung der Rechtsverhältnisse und zu einer klaren Rechtslage führt, obschon es für gewisse Fälle nicht alle Schwierigkeiten beseitigt. Dem Systeme des gemeinen Rechtes fehlt es indessen nicht an schwerwiegenden Nachtheilen. Vor Allem können andere Miterben schwer benachtheiligt werden. Dem einzelnen Miterben wird die Verfügung über seinen Bruchtheil oder Theil an den einzelnen Erbschaftsgegenständen ermöglicht. Hat ein Miterbe eine Nachlaßschuld voll bezahlt (was, wie die Erfahrung lehrt, häufig kaum zu umgehen ist), hat dieser Miterbe Auslagen für die Erbschaft bestritten, oder hat er Ersatzansprüche gegen jenen wegen dessen rechtswidrigen Verhaltens erlangt, so sieht er sich außer Stande, dafür aus dem Nachlasse Befriedigung zu suchen. Noch härter kann ihn die Möglichkeit der Verfügung über die einzelnen Erbschaftsgegenstände seitens jenes Miterben treffen, wenn er eine Ausgleichung wegen des Vorempfangenen zu fordern hat; denn in diesem Falle kann nicht einmal darauf verwiesen werden, daß er selbst gehandelt, Schulden

bezahlt und Auslagen bestritten habe. Dazu tritt der schon erwähnte Uebelstand, daß die Gläubiger des Erblassers ohne ihr Zuthun statt eines Schuldners eine große Anzahl von Schuldnern erhalten, wenn eine große Zahl von Miterben vorhanden ist, und daß dadurch eine Forderung erheblich im Werthe verringert werden kann. Dieser Uebelstand trifft in ähnlicher Weise die Erbschaftsschuldner, deren Verbindlichkeit durch die kraft des Gesetzes eintretende Theilung der Forderung eine viel drückendere werden kann.

Das preuß. A. L. R. vermeidet die dem gemeinen Rechte anhaftenden Nachtheile zum großen Theile. Allein es ist von anderen, noch schwerer anzuschlagenden Nachtheilen begleitet; es hindert den einzelnen Miterben, vor der Auseinandersetzung über die einzelnen Nachlaßgegenstände, auch nur in Höhe seines Erbbruchtheiles, zu verfügen[1]). Verzögert sich die Auseinandersetzung, wie dies häufig der Fall ist, so bleibt die Verfügungsgewalt des einzelnen Miterben, wenn er nicht sein Erbrecht im Ganzen veräußern will, auf kürzere oder längere Zeit gänzlich gelähmt. Weiter stößt die Geltendmachung der erbschaftlichen Ansprüche auf große Schwierigkeiten; sie ist, wenn nicht volle Uebereinstimmung unter allen Miterben besteht, mit den erheblichsten Weiterungen verbunden. Erfahrungsmäßig fehlt eine solche Uebereinstimmung nur zu oft. Diese Uebelstände haben sich in der Praxis empfindlich fühlbar gemacht. Zu deren Beseitigung hat die Theorie zu der mißlichen und schwer durchführbaren Trennung von Individualrechten und Gesammtrechten gegriffen[2]). Indessen ist auch damit, wie die Rechtsprechung genügend lehrt, nichts weniger als eine vollkommene Abhülfe erreicht. Endlich läßt sich einwenden, daß das preuß. A. L. R. im Falle der bekannt gemachten Theilung doch in Ansehung der Schuldenhaftung zu dem gemeinen Rechte zurückzukehren genöthigt ist, daß diese Bekanntmachung aber nur eine sehr unvollkommene und nicht gerade praktische Aushülfe bietet.

Wird noch in Betracht gezogen, daß der Entwurf im Rechte der Schuldverhältnisse, im Gegensatze zum preuß. A. L. R. I, 5 §§ 424 ff., den Satz festhält „nomina ipso jure divisa sunt“ (§ 320), und daß der Grundsatz des § 696 C. P. O., welcher im Interesse des allgemeinen Verkehres die Nichtunterscheidung zwischen dem Erbschafts- und dem Erbenvermögen zur Regel macht, durch den § 2133 noch verschärft ist, so ergeben sich überwiegende Gründe für den gemeinrechtlichen Grundsatz.

Uebrigens liefert das preuß. A. L. R. und noch mehr das österr. G. B. den Beweis, daß mit einer unvollständigen Regelung der Erbengemeinschaft im Sinne der gesammten Hand wenig gewonnen ist, selbst abgesehen von den Dunkelheiten, welche eine solche unvollständige Regelung mit sich bringt. Das preuß. A. L. R. begrenzt das Liquidationsstadium, bis zu dessen Beendigung der Nachlaß für sich fortbestehen soll, nicht fest. Während dieser Zwischenzeit wird dem einzelnen Miterben ein genügender Einfluß auf die Förderung der einheitlichen Liquidation nicht in hinreichender Weise gesichert. Noch weniger wäre es rathsam, lediglich das Verfügungsrecht des Miterben über den Antheil

[1]) Vergl. Dernburg § 238 Anm. 4, 5; Eccius § 271 Anm. 35—37.

[2]) Vergl. Dernburg § 239; Eccius § 271 S. 628—630.

an einem ungetheilten Nachlaßgegenstande oder an Nachlaßforderungen einzuschränken und entsprechend auch den Nachlaßgläubigern oder anderen Gläubigern des Miterben die Zwangsvollstreckung in einen solchen Antheil oder Theil auf Grund eines nur gegen den Miterben erlangten vollstreckbaren Titels zu versagen. Damit würde die Liquidation des Nachlasses in keiner Richtung gefördert, wohl aber die Korrealhaftung der Miterben nach der Naturaltheilung aufgegeben werden.

Im zweiten Satze ist der Zusatz „nach Bruchtheilen" vermieden, weil derselbe, auf die einzelnen Rechte und Verbindlichkeiten gesehen, irreleiten könnte in Ansehung solcher Rechte und Verbindlichkeiten, welche wegen des für sie geltenden Grundsatzes der gesammten Hand in Gemäßheit der §§ 946, 1344, 1373 nicht nach Bruchtheilen erworben werden. Die Miterben treten auch in solche Rechte und Verbindlichkeiten nach Verhältniß der Erbtheile ein. Dies ist von Wichtigkeit für das innere Verhältniß und bei Aufhebung der Gemeinschaft. Soweit für das Verhältniß der Mitberechtigung und Mitverpflichtung Bruchtheile maßgebend werden können, bestimmen sich diese Bruchtheile nach den Erbtheilen.

Darüber, wie das gegenseitige Verhältniß der Mitberechtigung oder Mitverpflichtung nach der Natur des einzelnen Gegenstandes und des Inhaltes der Berechtigung oder Verpflichtung sich gestaltet, bestimmt der § 2051 nichts, da nur auf Folgesätze aus allgemeinen Vorschriften hingewiesen werden könnte, eine solche Hinweisung aber ohne besonderen Nutzen sein würde. In Betracht kommen insbesondere die Vorschriften über die Theilung der Forderungen und Schulden bei einer Mehrheit von Gläubigern (§ 320), über die Folgen der Untheilbarkeit der Leistung (§§ 339, 340), über Gemeinschaft und Miteigenthum, wobei die Möglichkeit eines nicht nach Bruchtheilen zustehenden gemeinschaftlichen Rechtes zu berücksichtigen ist (§§ 762, 946, 1344)[1]).

§ 2052.

II. Uebergang von Besitz und Inhabung.
1. Allgemeine Vorschrift.

Nicht in gleicher Weise wie die Rechte und die vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten des Erblassers gehen Besitz und Inhabung an den zur Erbschaft gehörenden Sachen auf den Erben über. Der § 2052, welcher dies ausspricht, bringt zugleich zum Ausdrucke, daß der Erbe Besitz und Inhabung nur durch besonderes Handeln nach Maßgabe der allgemeinen Grundsätze erlangen kann (vergl. Motive zum Sachenrechte S. 100, 101). Besitz und Inhabung werden getrennt erwähnt, weil zu dem Besitzerwerbe nicht, wie bei dem Erwerbe der Inhabung, die Erlangung der thatsächlichen Gewalt genügt, sondern in Gemäßheit des § 797 ein Mehreres hinzutreten muß, der Besitzwille, d. h. der Wille des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Motive zum Sachenrechte S. 82).

Die negative Fassung des Entwurfes, welche zu demselben sachlichen Ergebnisse führt, wie die positive Fassung, daß zum Erwerbe der Inhabung

[1]) Vergl. auch sächs. G. B. §§ 2324, 1037; code civil Art. 873, 883, 1221, 1229; Mommsen § 252.

oder des Besitzes ein neuer Erwerbsakt erforderlich sei, gestattet eine einfachere Ausdrucksweise und schließt sich angemessen den Vorschriften des § 2051 an.

Verpflichtungen, welche Inhabung oder Besitz zur Voraussetzung haben, können den Erben für seine Person erst treffen, wenn er die Inhabung oder den Besitz sich verschafft hat, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt.

Die Vorschrift ist wegen ihres Zusammenhanges mit anderen erbrechtlichen Vorschriften, insbesondere mit dem Uebergange der Erbschaft kraft des Gesetzes (§ 2051), hier aufgenommen, und nicht im zweiten Abschnitte des dritten Buches gegeben. Ihre Aufnahme ist geboten, weil dem im geltenden Rechte und in der Theorie bestehenden Streite, ob Inhabung und Besitz des Erblassers mit dessen Tode endigen (vergl. Motive zum Sachenrechte S. 101 Anm. 1), auch bei dem Erbschaftserwerbe kraft des Gesetzes nicht ohne Weiteres jede Berechtigung abgesprochen werden kann und die Frage zu wichtig ist, um darüber Zweifel bestehen zu lassen. Zudem spricht dafür, daß der § 806 auf eine erschöpfende Aufzählung der Beendigungsgründe des Besitzes hinweist, aber den Tod des Besitzers nicht erwähnt. Diejenigen Rechte, welche nicht den Erbschaftserwerb kraft des Gesetzes kennen, stehen zumeist auf demselben Boden[1]).

§ 2053.

2. Verbotene Eigenmacht 2c. gegen den Erblasser 2c.

Die dem § 2052 zu Grunde liegende Auffassung schließt nicht aus, daß die schon in der Person des Erblassers begründeten possessorischen Rechtsmittel für aktiv und passiv vererblich erklärt werden (Motive zum Sachenrechte S. 101). Aus der passiven Vererblichkeit folgt, daß der aus der verbotenen Eigenmacht des Erblassers in Anspruch genommene Erbe so verantwortlich ist, wie wenn auf ihn die fehlerhafte Inhabung des Erblassers übergegangen wäre. Die aktive Vererblichkeit ergiebt, daß die Störung der Inhabung des Erblassers als eine Störung der Inhabung des Erben gilt.

Vererblichkeit der possessorischen Rechtsmittel.

Indem von Rechten und Verbindlichkeiten aus verbotener Eigenmacht gesprochen wird, bedient sich der Entwurf eines im § 814 (Motive zum Sachenrechte S. 40) erläuterten, zu einem technischen gemachten Ausdruckes.

Die aktive Vererblichkeit kann schon als eine Folge des § 2051 angesehen werden. Indessen lassen sich aus der besonderen Natur der Inhabung und des Besitzes Zweifel herleiten. Es kann aufgestellt werden, Selbsthülfe und Besitzklagen dienten ihrem Zwecke nach dazu, die thatsächliche Gewalt in der Hand des Inhabers festzuhalten; sie würden daher ihren Zweck verfehlen, wenn die Person des Inhabers weggefallen sei. Auch ist nicht zu leugnen, daß die Selbsthülfe und die Besitzklagen in der Person des Erben nicht zur

[1]) Windscheid § 605 Anm. 5, §§ 611 ff.; Roth § 363 Anm. 19; bayr. L. R. III, 1 § 6 Nr. 6; österr. G. B. §§ 747, 797, 810, 819; Unger § 39; sächs. G. B. § 2288; Mommsen § 249; u. A. Vergl. für das gemeine Recht in Ansehung des suus Seuffert's Arch. 22 Nr. 19. Wegen des preuß. A. L. R. vergl. Dernburg § 96 Anm. 25 und Bd. 1 § 155, Eccius § 268 Anm. 29—32; wegen des code civil außer Art. 724 Renaud in der Zeitschrift für Gesetzg. und Rechtsw. des Auslandes Bd. 19, 20; — hess. Entw. Art. 240.

Bewahrung oder Wiedererlangung der Inhabung, sondern zur Erlangung der Inhabung dienen. Allein die Besitzschutzmittel sind für den Erben von Werth und werden nicht durch den Erbschaftsanspruch und dessen Ausdehnung im § 2081 Nr. 1 ersetzt; denn bei dem Erbschaftsanspruche bleibt der Erbe petitorischen Einreden ausgesetzt (vergl. zum § 2081). Dem Erben die Besitzschutzmittel zu versagen, liegt kein Grund vor; es würde sogar den Anforderungen der Rechtsordnung nicht entsprechen, wenn derjenige, welcher verbotene Eigenmacht verübt hat, deshalb, weil sein Gegner verstorben ist, gegenüber der Besitzklage oder der Selbsthülfe frei würde. Daß dem Erben auch die Befugniß zur Selbsthülfe zugebilligt wird, kann insofern bedenklich erscheinen, als die Befugniß an das Vorhandensein eines Rechtes in der Person des Selbsthülfeberechtigten geknüpft und dadurch zu einem irrthümlichen Gebrauche der Selbsthülfe Gelegenheit geboten wird. Das Bedenken ist jedoch nicht für durchgreifend zu erachten. Denn es ist unvermeidlich, die Selbsthülfe auch in solchen Fällen zuzulassen, in welchen der dazu Berechtigte bei der Ausübung von der Annahme eines Rechtes in seiner Person auszugehen hat. Der § 822 ergiebt, daß, soweit es sich um den Nachweis handelt, es liege verbotene Eigenmacht nicht vor, eine Erörterung der Rechtsfrage bei der Regelung des Besitzverhältnisses nicht schlechthin ausgeschlossen ist (Motive zum Sachenrechte S. 129, 130).

Die passive Vererblichkeit rechtfertigt sich, weil die Inhabung in der Hand des Erben fehlerhaft bleibt. Dies genügt jedoch nicht, vielmehr muß die Besitzklage auch gegen den Erben zulässig sein, wenn die Sache nur noch gegenwärtig im Nachlasse sich befindet. In Ansehung der Besitzstörungsklage wird in Betracht kommen, ob die Voraussetzungen derselben nach dem Tode des Erblassers noch fortdauern, nämlich eine begründete Befürchtung künftiger Störung oder die Fortdauer eines störenden Zustandes. Ist dies der Fall, so muß die Besitzstörungsklage auch gegen den Erben erhoben werden können[1]).

Die Worte „kraft des Gesetzes", welche sich im § 2052 finden, werden nicht wiederholt, weil die Wiederholung das Verständniß der Vorschrift, welche nur die aktive und passive Vererblichkeit gewisser Rechte klarzustellen bezweckt, beeinträchtigen würde.

Einwendung des Erben wegen der Inhabung.

Der Erbe kann sich demjenigen gegenüber, gegen welchen der Erblasser Eigenmacht verübt hat, nicht darauf berufen, daß er, ungeachtet der Vorschrift des § 2053, zur Wiedereinräumung der Inhabung deshalb nicht angehalten werden könne, weil er selbst die Inhabung noch nicht erlangt habe. Dies klarzustellen, ist nicht erforderlich. Der § 2053 bringt zum Ausdrucke, daß in Ansehung der Rechte aus verbotener Eigenmacht, welche der Erblasser verübt hat, die fehlerhafte Inhabung des Erblassers ohne Weiteres als auf den Erben übergegangen anzusehen ist. Dies wird nicht verkannt werden, zumal der Fall, daß der Erbe bereits die Inhabung erlangt hat, im § 818 Satz 2 besonders geregelt ist (Motive zum Sachenrechte S. 122, 123).

[1]) Wegen des hiermit nicht ganz übereinstimmenden geltenden Rechtes vergl. insbesondere für das preuß. A. L. R. Eccius § 268 S. 588, Dernburg § 96; — ferner sächs. G. B. § 2289; Mommsen § 250 (dessen Mot. S. 299).

Ebensowenig bedarf es einer weiteren Verdeutlichung, daß in Ansehung der Rechte des durch verbotene Eigenmacht gestörten Inhabers die Inhabung des verstorbenen Inhabers als mit seinem Tode auf seine Erben übergegangen gilt.

§ 2054.

3. Verbotene Eigenmacht eines Dritten nach dem Erbfalle.

In Uebereinstimmung mit dem code civil und einigen Rechten beschränkten Geltungsgebietes[1]), aber hinausgehend über das zumeist geltende Recht, enthält der § 2054 den Grundsatz, daß die possessorischen Rechtsmittel dem Erben auch dann zustehen, wenn ein Dritter in Ansehung von Nachlaßsachen verbotene Eigenmacht verübt hat, bevor der Erbe sich Besitz oder Inhabung verschafft hat. Dem Erben wird ferner die condictio possessionis auch dann gewährt, wenn ein Dritter den Besitz oder die Inhabung einer solchen Sache erlangt hat, welche bei dem Tode des Erblassers in des letzteren Besitz oder Inhabung sich befand. Die Fassung ist eine etwas verwickelte, weil die Redeweise „verbotene Eigenmacht verüben" nach dem § 814 nicht verwendbar ist, da die Inhabung dem Erben fehlt. Deshalb ist umschrieben „welche, wenn der Besitz oder die Inhabung mit dem Erbfalle auf den Erben übergegangen wäre, verbotene Eigenmacht gewesen sein würde".

Ob in der Zeit zwischen dem Tode des Erblassers und der Ergreifung des Besitzes oder der Inhabung seitens des Erben verbotene Eigenmacht denkbar ist, läßt sich bezweifeln, da der Eingriff des Dritten nicht dem Willen einer natürlichen Person begegnet, der § 814 aber (in den Worten „ohne den Willen") einen solchen Willen erfordert, dessen Nichtbeachtung die Handlungsweise zu einer verbotenen Eigenmacht stempelt. Der dem § 814 zu Grunde liegende Gedanke, daß gegenüber dem Besitzenden Gewalthandlungen verboten sind (vim ne facias possidenti; vergl. Motive zum Sachenrechte S. 110), berechtigt das Gesetz, zu befehlen, der Dritte habe sich einer Antastung auch solcher Erbschaftssachen zu enthalten, welche noch nicht in die thatsächliche Gewalt des Erben gelangt sind. Hier, wie im Falle des § 2053, dienen die Selbsthülfe und die possessorischen Schutzmittel dazu, daß der Erbe den Besitz oder die Inhabung erlangt. Dies erscheint aus den zum § 2053 dargelegten Gründen zulässig. In Ansehung der beweglichen Sachen wird die Selbsthülfe allerdings nur unter besonderen Verhältnissen eintreten können; indessen ist doch Selbsthülfe denkbar, z. B. wenn der Nachlaß verschleppt zu werden beginnt und der Erbe noch rechtzeitig eintrifft. Die Vorschrift trifft auch die Selbsthülfe, indem sie von „Rechten", nicht von „Ansprüchen" aus verbotener Eigenmacht spricht.

Condictio possessionis.

Eine besondere Vorschrift in Ansehung der condictio possesionis (§ 737 Abs. 3) kann für entbehrlich erachtet werden, weil für die meisten Fälle Zweifel nicht bestehen und im Uebrigen die in Ansehung der Eigenmacht gegebenen Vorschriften zur Lösung etwaiger Zweifel hinreichen. Allein die Gefahr liegt mindestens nahe, daß eine Vorschrift, welche sich auf die posseso-

[1]) Vergl. Zachariae § 615 bei Anm. 1 a; magdeb. Polizeiordn. Kap. 44 § 15; u. A.

rischen Rechtsmittel beschränkt, mit Hülfe des argumentum e contrario so verstanden wird, als solle in Ansehung der petitorischen Besitzschutzmittel nicht das Gleiche gelten, zumal die Ausdehnung der condictio possessionis auf den Erben jedenfalls rein positiv ist. Solchem Mißverständnisse vorzubeugen, ist mit Rücksicht auf die immerhin nicht geringe praktische Bedeutung der condictio possessionis geboten.

Der Entwurf fingirt nicht, der Erblasser habe zu der in Rede stehenden Zeit noch gelebt, sondern der Erbe sei bereits bei Eintritt des Erbfalles Besitzer oder Inhaber gewesen, weil die letztere Fiktion als die natürlichere und näherliegende sich darstellt.

Actio Publiciana.

In Ansehung des im § 945 dem Besitzer gewährten Anspruches (actio Publiciana; Motive zum Sachenrechte S. 429 ff.) bedarf es einer besonderen Vorschrift nicht.

Ablehnung weiteren Schutzes.

Den Besitzschutz des Erben noch auszudehnen und in Ansehung einer Sache, welche zur Zeit des Erbfalles in der Inhabung oder im Besitze des Erblassers war, den Anspruch auf Herausgabe auch gegen denjenigen zu geben, welcher die Sache, jedoch nicht auf Grund eines von ihm beanspruchten Erbrechtes, besitzt oder innehat, fehlt es an einem erweislichen Bedürfnisse.

Nachlaßpfleger.

Dem Nachlaßpfleger sind besondere Besitzschutzmittel nicht gewährt. Die §§ 2059 ff. lassen erkennen, daß der Nachlaßpfleger Vertreter desjenigen ist, welcher der Erbe sein wird; als Vertreter dieses Erben stehen ihm die Schutzmittel zur Seite, welche dem Erben gewährt sind.

Der Dreißigste.

Im Gebiete des sächs. Rechtes und in einigen anderen Rechten hat sich das Institut des sog. Dreißigsten erhalten[1]). Eine entsprechende Vorschrift, durch welche Personen, die mit dem Erblasser bis zu dessen Tode in häuslicher Gemeinschaft lebten und auf dessen Kosten unterhalten wurden, ein Anspruch gewährt wird, noch dreißig Tage seit dem Todestage des Erblassers im Gebrauche der Wohnung und des Hausrathes zu bleiben und den erforderlichen Unterhalt für Rechnung der Nachlaßmasse zu beziehen, hätte, vornehmlich wenn sie auf den Fall eingeschränkt würde, daß das Verhältniß nicht auf einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung des Erblassers beruht, gewisse Rücksichten der Humanität und der Billigkeit für sich. Allein das Institut steht im Zusammenhange mit wirthschaftlichen Zuständen, welche gegenwärtig nicht mehr oder doch nicht in gleichem Maße wie früher zutreffen. Das Institut eignet sich daher nicht zur Aufnahme. Noch weniger würde es sich rechtfertigen lassen, das Institut auf Rechtsgebiete zu erstrecken, welchen es bisher fremd ist; zudem bietet dasselbe in juristischer Hinsicht Schwierigkeiten; seine Aufnahme würde besondere Vorschriften in Ansehung der Geltendmachung und in Ansehung der Wirkungen im Konkurse über den Nachlaß und bei der Abzugseinrede u. s. w. erforderlich machen, ohne daß ein zwingendes Bedürfniß für eine derartige Verwickelung des Rechtes vorliegt.

---

[1]) Stobbe § 281 II S. 23—25; sächs. G. B. § 2249; lüb. Stat. II, 2 Art. 27, Pauli II S. 91, 92; Plitt S. 50; bremer Debit- und Nachlaßordn. § 284; hamb. Recht bei Baumeister II S. 247, 248; Mommsen § 218 (dessen Mot. S. 283); u. A.

Im Wesentlichen kommen nur die verhältnißmäßig seltneren Fälle in Betracht, in welchen die Personen, welche mit dem Erblasser bis zu dessen Tode in häuslicher Gemeinschaft gelebt haben, nicht ebenfalls Erben sind. Selbst in solchen Fällen wird der Regel nach und, sofern nicht besondere Gründe, insbesondere Rücksichten auf die Nachlaßgläubiger, obwalten, erfahrungsgemäß der Hausstand des Erblassers nicht sofort seitens des Erben aufgelöst.

Gerichtliche Ermächtigung rc.

Eine Vorschrift, daß der Erbe, um an Nachlaßsachen Inhabung oder Besitz zu ergreifen oder darüber zu verfügen, weder einer Ermächtigung durch das Nachlaßgericht noch einer Bescheinigung seines Erbrechtes durch dasselbe bedürfe, ist überflüssig. Eine solche würde nur den Zweck haben können, die Auffassung einiger geltenden Rechte abzulehnen[1]). Gegenüber dem § 2025 besteht kein Anlaß, hervorzuheben, daß dem Erben die Befugniß zusteht, selbst zuzugreifen. Die Aufnahme einer solchen Vorschrift würde aber insofern nicht unbedenklich sein, als darin gefunden werden könnte, den Landesgesetzen solle die Möglichkeit entzogen werden, der Freiheit des Zugriffes aus publizistischen, insbesondere steuerrechtlichen Gründen gewisse Schranken zu setzen.

Mit der Nichtaufnahme einer solchen Vorschrift entfällt das Bedürfniß, eine Ausnahme gegen Ausländer als Erben im Inlande im Wege der Retorsion vorzusehen.

§ 2055.

III. Kosten der Beerdigung des Erblassers.

Die publizistische Beerdigungspflicht liegt außerhalb des Bereiches des bürgerlichen Rechtes. Dagegen gehört die Frage, wer die Kosten der Beerdigung des Erblassers zu tragen und deshalb demjenigen, welcher die Beerdigung vorgenommen hat, zu haften habe, dem bürgerlichen Rechte an.

Daß der Erbe die Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers zu tragen verpflichtet ist, kann selbstverständlich erscheinen, zumal im Hinblicke auf den § 1488 Abs. 4 und den § 2113 Nr. 5. Die Verpflichtung ist indessen praktisch von Wichtigkeit. Deshalb ist es rathsam, die Natur dieser Verpflichtung besonders festzustellen und dabei zugleich darauf hinzuweisen, daß die Verpflichtung die Kosten einer der Lebensstellung des Verstorbenen entsprechenden, mithin nach dem § 1488 Abs. 2 standesmäßigen Beerdigung zum Gegenstande hat. Hieraus ergiebt sich von selbst, daß das Bestreiten der Beerdigungskosten für den Erbschaftsanspruch eine Verwendung im Sinne des § 2084 Abs. 2 ist[2]).

Verpflichtung als Nachlaßverbindlichkeit.

Die Vorschrift stellt zugleich klar, daß die Verpflichtung, die Beerdigungskosten zu tragen, eine Nachlaßverbindlichkeit ist. Einer besonderen Vorschrift dieses Inhaltes bedarf es nicht. Ohne Weiteres erhellt, daß die Verbindlichkeit nicht bereits in der Person des lebenden Erblassers begründet ist. Nach dem

[1]) Roth § 384 Anm. 21—26, 49; Stobbe § 281 S. 27; Unger § 39; für württemb. Recht, Stein § 289 Anm. 1, § 290.

[2]) Sächs. G. B. § 2314; Mommsen § 314 (dessen Mot. S. 344, 345).

§ 2113 Nr. 5 sind die Beerdigungskosten Masseschulden im Nachlaßkonkurse. Diese Vorschrift ist für die Abzugseinrede nach Maßgabe des § 2133 zur entsprechenden Anwendung zu bringen. Wäre die Verbindlichkeit nicht eine Verbindlichkeit des Erben als solchen, so könnte sie weder im Nachlaßkonkurse noch bei der Abzugseinrede in Betracht kommen. Eine dies verdeutlichende Entscheidung im § 2092 ist entbehrlich, zumal der Abs. 2 des § 2092 nur Beispiele enthält („insbesondere") und nicht erschöpfend bestimmt, welche Verbindlichkeiten Nachlaßverbindlichkeiten sind.

Die Vorschrift ist an dieser Stelle eingereiht, weil nach dem Systeme des Entwurfes eine besser geeignete Stelle nicht ermittelt ist.

Mit dem sächs. G. B. § 2314 (Mommsen § 314) auch der Kosten für ein Grabdenkmal des Erblassers zu gedenken, besteht kein hinreichendes Bedürfniß.

§ 2056.

IV. Rechtsverhältniß des Ausschlagungsberechtigten. Inhabung rc. während der Ueberlegungsfrist.

Der Erbe ist auch während der Ueberlegungsfrist zur Inhabung und Verwaltung des Nachlasses berechtigt. Obwohl er die Erbschaft nur vorläufig erworben hat, kann er auf dieselbe greifen und sie verwalten. Eine Vorschrift dieses Inhaltes ist entbehrlich; sie könnte zu Mißverständnissen Anlaß geben, insbesondere zu der Annahme, ein Erbe, welcher noch ausschlagen kann, solle durch das Gesetz ermächtigt sein, die Erbschaft für sich innezuhaben und zu verwalten. Wird darin gefunden, daß in den Handlungen, welche von dem provisorischen Erben in Bezug auf die Inhabung und Verwaltung vorgenommen werden, niemals eine stillschweigende Annahmeerklärung liege, so würde die Vorschrift zum § 2029 gehören und entgegen den dort geltend gemachten Gründen (vergl. S. 497 ff.) gewisse Handlungen bezeichnen, deren Vornahme die Annahme einer pro herede gestio ausschließt.

Verhältniß zu dem definitiven Erben.

Der Berufene, welcher erbschaftliche Geschäfte besorgt, ohne damit die Erbschaft anzunehmen, handelt, wenngleich er formell als Erbe thätig wird, in Wirklichkeit für denjenigen, welchen es angeht, mag dies er selbst oder ein später Berufener sein. Er steht mithin, wenn er auch nicht Geschäftsführer ohne Auftrag im Sinne des Entwurfes ist, einem Geschäftsführer sehr nahe. Hierauf beruht die Vorschrift des ersten Absatzes, welche in Ansehung jener Geschäfte die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag für entsprechend anwendbar erklärt.

Möglich wäre auch eine Regelung dahin, es solle dem wirklichen Erben gegen den Ausschlagenden, welcher erbschaftliche Geschäfte besorgt hat, ein Anspruch in demjenigen Umfange zustehen, in welchem der Erbschaftsanspruch gegen den Erbschaftsbesitzer nach dem § 2085 von der Erhebung der Erbschaftsklage an begründet sein würde. Eine solche Regelung müßte aber davon ausgehen, der Erbschaftsanspruch sei gegenüber dem Ausschlagenden, welcher erbschaftliche Geschäfte besorgt hat, an sich gegeben. Dieser Ausgangspunkt unterliegt bereits erheblichen Bedenken. Solange der Berufene nicht ausgeschlagen hat, ist er der Erbe und er enthält Niemandem etwas vor (§ 2080). Die Grundsätze über den Erbschaftsanspruch passen aber auch in allen denjenigen Fällen nicht, in welchen der Berufene erbschaftliche Geschäfte besorgt, ohne

Erbschaftsgegenstände in Besitz zu nehmen, z. B. wenn er die Kosten der Beerdigung des Erblassers bestritten, Ansprüche der Dienstboten oder Arbeiter des Erblassers befriedigt hat, u. s. w. Zudem läßt es sich nicht rechtfertigen, den Ausschlagenden, soweit er Erbschaftsgegenstände in Besitz genommen hat, in die Lage zu versetzen, in welcher sich der Erbschaftsbesitzer nach Erhebung der Erbschaftsklage befindet. Solange der Berufene sich über die Annahme oder Ausschlagung noch nicht entschieden hat, hat er keine Verpflichtung, für die Erbschaft zu sorgen. Befaßt er sich gleichwohl mit der Erbschaft in solcher Weise, daß darin eine Annahme nicht zu finden ist, so geschieht dies der Regel nach zum Zwecke der Sicherung des Nachlasses oder zur Erhaltung des Nachlasses in dessen wirthschaftlichem Bestande. An ein solches Verhalten die Folge zu knüpfen (wie die Anwendung des § 2085 mit sich bringen würde), daß der Berufene, wenn er nachträglich ausschlägt, für die Früchte, einschließlich derjenigen, welche zu ziehen gewesen wären (percipiendi), einzustehen hat, und daß ihm Verwendungen nur insoweit zu ersetzen sind, als der spätere wirkliche Erbe durch dieselben bei der Herausgabe bereichert ist, verstößt gegen die Billigkeit. Die Regelung des Entwurfes vermeidet eine solche unbillige Behandlung des Ausschlagenden.

Haftung des definitiven Erben.

Ueber die Haftung des späteren wirklichen Erben für die Ansprüche des Ausschlagenden aus der Geschäftsführung ohne Auftrag und über das Verhältniß dieser Verbindlichkeiten zu den sonstigen Nachlaßverbindlichkeiten ist in den §§ 2092, 2113 Nr. 4 bestimmt.

Unter „demjenigen, welcher ... Erbe wird" ist regelmäßig der definitive Erbe zu verstehen. Ein diesen Gedanken verdeutlichender Zusatz ist jedoch nicht aufgenommen, weil es möglich ist, daß der nachfolgende Erbe, solange er noch provisorischer Erbe ist oder die Erbschaft noch nicht angenommen hat, das aus dem fraglichen Rechtsgeschäfte sich ergebende erbschaftliche Geschäft zu besorgen bezweckt, wennschon diese Möglichkeit nicht gerade nahe liegt.

Vermuthung der Billigung.

Nach den für entsprechend anwendbar erklärten Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag kommt auch die im § 753 Abs. 2 aufgestellte Vermuthung in Betracht, daß der Geschäftsherr gebilligt haben würde, was ein ordentlicher Hausvater hätte für angemessen erachten müssen. Den nach dem § 198 zulässigen Gegenbeweis gegen die Vermuthung des § 753 auszuschließen, erscheint entbehrlich. Eine solche Vorschrift würde einen kasuistischen Karakter an sich tragen; die Rechtsanwendung wird für die Regelfälle auch ohne besondere Anleitung zu diesem Ergebnisse gelangen.

Rechtsgeschäfte des provisorischen Erben.

Geboten erscheint es, diejenigen Dritten zu sichern, welche gegenüber dem provisorischen Erben ein dingliches Rechtsgeschäft vorgenommen haben, das gegenüber dem Erben als solchem, d. h. dem definitiven Erben (Erben cum pleno jure) vorzunehmen ist, oder mit welchen der provisorische Erbe ein solches Rechtsgeschäft geschlossen oder welchen gegenüber ein solcher provisorischer Erbe ein Rechtsgeschäft vorgenommen hat, falls ein zum Nachlasse gehörender Gegenstand veräußert oder belastet wird oder ein die Aenderung eines erbschaftlichen Rechtes unmittelbar bezweckendes Rechtsgeschäft in Frage steht (Abs. 2). Insbesondere ist mitzutreffen der Fall, daß eine Leistung bewirkt ist, welche dem Erben als solchem gebührt; dieser Fall wird deshalb besonders hervorgehoben.

Die Vorschrift des § 2042 Abs. 1, nach welcher im Falle der Ausschlagung der Erbschaft der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt, hat an sich zur Folge, daß alle Verfügungen, welche der Ausschlagende in Ansehung von Nachlaßgegenständen vorgenommen hat, ohne das Ausschlagungsrecht zu verwirken (§ 2029), rückwärts hinfällig werden, soweit nicht die Grundsätze über den Schutz des guten Glaubens, des Vertrauens auf das Grundbuch und den Erbschein 2c. Platz greifen. Dabei kann es nicht belassen werden. In Frage kommt nur, ob die Verfügungen und Rechtsgeschäfte des provisorischen Erben Bestand haben sollen, ohne Unterschied, ob der betheiligte Dritte davon Kenntniß gehabt oder nicht gehabt hat, daß der als Erbe ihm gegenüber Stehende noch das Ausschlagungsrecht hat, oder ob lediglich die Vorschriften des § 2077 in Ansehung der von einem Erbschaftsbesitzer, welcher den Erbschein hat, vorgenommenen Rechtsgeschäfte entsprechend anzuwenden seien. Im letzteren Falle würde von dem § 2077 allein der erste Absatz in Betracht kommen dürfen, weil sonst ein Schutz Dritter nur in sehr geringem Maße erzielt würde, insbesondere nicht ein Schutz derjenigen, welche, obwohl sie wußten, daß ihnen ein nur provisorischer Erbe gegenübersteht, gezwungen sind, sich mit diesem einzulassen. Aber, auch abgesehen davon, würden Dritte nur selten geschützt sein, da diese davon, daß der Erbe noch nicht angenommen hat, meist schon deshalb unterrichtet sein werden, weil der Erbe sich in einem solchen Falle noch das Ausschlagungsrecht wahren will. Richtiger erscheint es, die von dem provisorischen Erben getroffenen dinglichen Verfügungen nicht lediglich zu Gunsten des Dritten, sondern auch zu Gunsten eines solchen Erben selbst, also schlechthin, als wirksam zu behandeln[1]). Allerdings liegt hierin eine nicht unwesentliche Einschränkung des § 2042 Abs. 1 oder mit anderen Worten der mit der Ausschlagung verbundenen Rückwirkung. Allein der provisorische Erbe kann füglich nicht schlechter gestellt werden als ein Nachlaßpfleger. Eine solche Gestaltung ist aber auch unbedenklich, wenn nur in Betracht gezogen wird, daß lediglich solche Verfügungen und Rechtsgeschäfte in Frage stehen, welche eine Annahme der Erbschaft nach dem § 2029 nicht enthalten, also im Wesentlichen nur solche Geschäfte, welche dem späteren wirklichen Erben nicht besonders gefährlich sein können. Auch derjenigen Geschäfte, welche von Dritten gegenüber dem Erben als solchem vorgenommen werden (z. B. Mahnung, Kündigung 2c.) muß gedacht werden, weil es den Dritten sonst während der zuweilen nicht kurzen Dauer der Zeit, in welcher nicht feststeht, ob der Berufene nicht ausschlagen wird, unmöglich sein würde, solche Geschäfte überhaupt vorzunehmen.

Die juristische Konstruktion der Vorschrift, insbesondere die Entscheidung der Frage, ob der provisorische Erbe als zur Vornahme oder Entgegennahme der betreffenden Geschäfte gesetzlich ermächtigt anzusehen sei, kann der Rechtswissenschaft anheimgestellt bleiben.

Gerichtliches Verfügungsverbot.

Von selbst versteht sich, aber keiner Erwähnung an dieser Stelle bedarf es, daß, sofern auf Antrag Betheiligter ein gerichtliches Verfügungsverbot an

[1]) Wegen des preuß. A. L. R. vergl. Dernburg § 218 Anm. 21, Eccius § 269 Anm. 34 zu I, 9 § 388.

den Erben ergangen ist und dieses dem dritten Erwerber bekannt oder in dem Grundbuche vermerkt war, die aus anderen Vorschriften sich ergebenden Wirkungen eines solchen Verbotes sich geltend machen.

Eröffnung des Nachlaßkonkurses. während dieser Zeit.

Der Fall, daß, während dem Berufenen die Ausschlagung noch frei steht, Konkurs über den Nachlaß eröffnet wird, ist hier nicht näher zu erörtern (vergl. § 2111). Die Konkurseröffnung enthebt den Berufenen nicht der Nothwendigkeit, entweder auszuschlagen oder anzunehmen. Schlägt er aus, so finden die Vorschriften des ersten Absatzes Anwendung. Die gegen den Ausschlagenden nach den Grundsätzen über Geschäftsführung ohne Auftrag etwa erwachsenen Ansprüche gehören zum Nachlasse und sind von dem Konkursverwalter geltend zu machen. Nimmt der Berufene die Erbschaft als Inventarerbe an, so kommen die Vorschriften des § 2112 in Ansehung der rechtlichen Stellung des Inventarerben wegen seines Gebahrens mit dem Nachlasse vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses in Betracht.

§ 2057.

V. Rechtsstreit 2c. gegenüber dem provisorischen Erben.

Die C. P. O. enthält keine Vorschrift über die Verpflichtung des Erben, vor der Annahme der Erbschaft auf neue Rechtsstreitigkeiten über Nachlaßverbindlichkeiten sich einzulassen; in dieser Beziehung beläßt sie es bei dem bürgerlichen Rechte. Der Entwurf bringt die Entscheidung hierüber an dieser Stelle, indem er bestimmt, der als Erbe Berufene könne die Einlassung verweigern. Die Vorschrift stimmt überein mit dem preuß. A. L. R. I, 9 § 386, welches jedoch nur von „Forderungen" spricht. Die Worte „ist der Erbe nicht verpflichtet" bringen zum Ausdrucke, daß es sich um eine prozessuale Einrede handelt.

Anhängige Rechtsstreitigkeiten.

Nach der C. P. O. werden Rechtsstreitigkeiten, welche zwischen dem Erblasser und einem Dritten bereits anhängig sind, mit dem Eintritte des Erbfalles unterbrochen, oder das Verfahren ist auf Antrag auszusetzen, bis die Aufnahme erfolgt; die Aufnahme kann von dem Gegner erzwungen werden, wenn der Erbe die Aufnahme verzögert (vergl. §§ 217, 223 C. P. O.). Im Anschlusse hieran bestimmt der Entwurf, daß eine Verzögerung der Aufnahme nicht vorliegt, solange der Erbe die Erbschaft nicht angenommen hat, ohne daß im Uebrigen die Vorschriften der C. P. O. berührt werden. Uebersehen darf nicht werden, daß hier nur von dem Erben gesprochen wird, also die Befugniß des Klägers nicht beseitigt oder beschränkt wird, in Gemäßheit des § 2059 Abs. 2 durch Erwirkung der Bestellung eines Nachlaßpflegers die sofortige Rechtsverfolgung, und zwar in den beiden Fällen, welche der erste Satz des § 2057 trifft, zu ermöglichen.

Zwangsvollstreckung.

Die C. P. O. bestimmt in den §§ 693, 694, daß die Zwangsvollstreckung gegen den Nachlaß auch vor Annahme der Erbschaft zulässig sei, während selbstverständlich die Vollstreckung gegen das Vermögen des Erben vor Annahme der Erbschaft ausgeschlossen ist.

Die Vorschriften der C. P. O. bedürfen jedoch insofern der Ergänzung, als sie von Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung bei ruhender Erbschaft sprechen, während der Entwurf eine ruhende Erbschaft nicht kennt. Die Worte der

C. P. O. „bei ruhender Erbschaft oder wenn der Erbe oder dessen Aufenthalt unbekannt ist" sind deshalb durch die Worte „vor der Annahme der Erbschaft" zu ersetzen.

Daß sowohl die Fortsetzung einer bereits gegen den Erblasser eingeleiteten Zwangsvollstreckung, soweit bei einer Vollstreckungshandlung die Zuziehung des Schuldners nöthig ist, als auch der Beginn einer neuen Zwangsvollstreckung die Bestellung eines Nachlaßpflegers zur Voraussetzung hat, wird nicht zweifelhaft sein (vergl. auch § 2059 Abs. 2, § 2062). An Stelle des Schuldners den Erben, welchem noch die Ausschlagungsbefugniß zusteht, zuziehen zu lassen, besteht kein Anlaß.

Arrestvollziehung.

Daß der Entwurf neben der Zwangsvollstreckung die Vollziehung eines Arrestes erwähnt, kann für entbehrlich erachtet werden. Die Hinzufügung ist erfolgt im Interesse der Deutlichkeit und Vollständigkeit. — Die Vorschriften umfassen auch dingliche Ansprüche gegen den Nachlaß.

Zwangsvollstreckung 2c. wegen einer Verbindlichkeit des Erben.

Die Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung wegen einer anderen mit der Erbschaft nicht in Beziehung stehenden Verbindlichkeit des Erben muß vor der Annahme der Erbschaft beschränkt werden (Abs. 2). Daß dingliche Ansprüche gegen den Erben in den betreffenden, in dessen Vermögen oder im Nachlasse befindlichen Gegenstand vollstreckbar sind, versteht sich von selbst (vergl. auch § 1084 Abs. 3 Satz 2). Ohne die Vorschrift des zweiten Absatzes würden die Gläubiger eines Erben, welchem das Ausschlagungsrecht noch zusteht, sich an den Nachlaß halten und damit sowohl den wirklichen Erben als die Nachlaßgläubiger schädigen und mannigfache Verwickelungen herbeiführen können. Die Vorschrift rechtfertigt sich zudem durch die provisorische Natur des Verhältnisses, in welchem der Erbe zu einer angefallenen, aber noch nicht angenommenen Erbschaft steht. Fraglich kann nur sein, ob dies nicht selbstverständlich sei; die Aufnahme der Vorschrift ist indessen rathsam, schon um Mißverständnissen zu begegnen.

Die Ausdehnung auf die Arrestvollziehung ist nicht zu entbehren. Würde die Vollziehung eines Arrestes zugelassen, so würde sich mindestens eine Rechtsunebenheit ergeben. Die Gläubiger des Erben werden durch die Versagung der Arrestvollziehung nicht ohne Noth beengt; ihnen ist nicht verwehrt, eine einstweilige Verfügung (§§ 814 ff. der C. P. O.) auszubringen. Da den Rechten des später eintretenden Erben nicht vorgegriffen werden kann, müßte der Arrest jedenfalls unwirksam werden, wenn demnächst der Erbe, welchem die Erbschaft nur angefallen ist, ausschlägt. Gestattete das Gesetz die Vollziehung eines Arrestes, welchen der Erbe jederzeit durch Ausschlagung der Erbschaft zu brechen in der Lage ist, so würde dieses Ergebniß eigenthümlich und wenig befriedigend sein.

Vierter Titel.

Fürsorge des Nachlaßgerichtes.

Die §§ 2058—2067 handeln vorzugsweise von dem Nachlaßpfleger. Die Ueberschrift „Nachlaßpflegschaft" würde indessen nicht erschöpfend sein, während die Nachlaßpflegschaft sich als ein Ausfluß der Fürsorge des Nachlaßgerichtes betrachten läßt.

§ 2058.

I. Sorge für die Sicherung des Nachlasses.

Daß der Entwurf nicht auf dem Boden der gerichtlichen Verlassenschaftsregulirung steht, ist bereits wiederholt hervorgehoben. Ein amtliches Einschreiten in Ansehung der Verlassenschaft kann daher nur in besonderen Fällen zugelassen werden. Als solche Fälle, in welchen einzuschreiten ist, bezeichnet der erste Absatz „wenn ein Erbe unbekannt oder für den Nachlaß zu sorgen außer Stande ist". Durch die Fassung „ein Erbe" gelangt zum Ausdrucke, daß es genügt, wenn von mehreren Erben auch nur einer in einer solchen Lage sich befindet. Mit dem § 1742 zu fassen „wenn nicht bekannt oder gewiß ist, wer als Erbe berufen ist" erscheint nicht erforderlich. Gemeint sein kann nur, daß unbekannt ist, wer als Erbe berufen ist, der definitive Erbe ist zunächst immer ungewiß. Statt „wenn — ein Erbe unbekannt ist" zu setzen „solange — unbekannt ist" würde, ganz abgesehen davon, daß in dem „wenn" das „solange" enthalten ist, kaum von Bedeutung sein, da zunächst nur in Frage steht, unter welchen Voraussetzungen einzuschreiten ist, nicht, was zu geschehen hat, wenn die Voraussetzungen wegfallen.

Fälle, in welchen einzuschreiten ist.

Das Einschreiten ist dem Nachlaßgerichte übertragen, in Uebereinstimmung mit der S. 380 vertretenen Auffassung.

Einige Beispiele, wann der Erbe außer Stande ist, für den Nachlaß zu sorgen, werden mit den Worten „insbesondere weil" 2c. angeführt. Diesen, einer Mehrzahl der geltenden Rechte entsprechenden Beispielen ist gemeinsam, daß eine Behinderung nur angenommen wird, wenn es an einer bereiten Vertretung gebricht.

Sicherung des Nachlasses.

Das Nachlaßgericht soll für die Sicherung des Nachlasses sorgen. Welcher Art die Sicherungsmaßregeln sein sollen, wird gleichfalls durch einige Beispiele (Satz 2) erläutert. Aus der Bezeichnung erhellt, daß die Maßregeln nur vorübergehender Natur sind und nicht eine Vertretung des Nachlasses im Rechtsverkehre bezwecken. Den Gegensatz hierzu bildet die im § 2059 behandelte Nachlaßpflegschaft.

Daß, soweit es sich lediglich um provisorische Maßregeln handelt, dem Ermessen des Nachlaßgerichtes in Ansehung der Frage, wann und wie es einzugreifen hat, thunlichst Spielraum gelassen werden soll, wird hinreichend hervortreten.

Das geltende Recht steht, soweit es nicht Obsignation in allen Fällen eintreten läßt (außer dem österr. G. B. fast alle in Bayern geltenden Rechte,

württemb. Recht, bad. Geschäftsordn. für die Notare v. 19. Juli 1879 §§ 101, 102, u. A.), im Wesentlichen auf demselben Boden[1]), obschon die Fälle des Einschreitens sehr verschieden bestimmt sind.

Mehrere Miterben.

Die Fürsorgepflicht des Nachlaßgerichtes schon dann für entbehrlich zu erklären, wenn von mehreren Erben auch nur einer die Sorge für den Nachlaß übernimmt (vergl. preuß. Vorm. O. v. 1875 § 15), ist für bedenklich erachtet worden. Wenn auch darauf kein Gewicht zu legen sein möchte, daß der Begriff des Uebernehmens der Sorge ein ziemlich unbestimmter ist, so geht doch nicht selten das Interesse der einzelnen Miterben auseinander. Der oder die unbekannten oder behinderten Erben würden danach unter Umständen wenig gesichert sein, wenn die Wahrung ihrer Rechte in die Hände der übrigen Erben oder eines derselben gelegt werden sollte. Durch die Einschränkung „insoweit...., als das Bedürfniß erfordert" wird ein angemessenes Ergebniß erreicht werden. Nimmt sich einer der Erben des Nachlasses an, und erblickt das Nachlaßgericht hierin eine genügende einstweilige Fürsorge für den oder die unbekannten oder behinderten Erben, so wird es nicht von Amtswegen eingreifen. Bietet hingegen die Person oder das Vorgehen des betreffenden Erben dem Nachlaßgerichte keine genügende Bürgschaft, so hat das Gericht einzuschreiten, soweit es ein Bedürfniß als vorliegend erachtet. Das Einschreiten erfolgt im Interesse und zur Sicherung des oder der unbekannten oder behinderten Erben. Soweit die Durchführung der für erforderlich erachteten Maßregeln nicht möglich ist, ohne den übrigen Nachlaßbestand in Mitleidenschaft zu ziehen, haben die Maßregeln auf diesen sich gleichfalls zu erstrecken. Dies auszuschließen, erscheint nicht zulässig.

Uebertragung an Notare.

Die Landesgesetze sind nicht behindert, die Ausführung der von dem Nachlaßgerichte angeordneten Maßregeln anderen Beamten, insbesondere Notaren, zu übertragen.

Darüber, ob die Landesgesetze auch unter anderen als den im § 2058 bezeichneten Voraussetzungen die Errichtung eines Nachlaßverzeichnisses und Sicherungsmaßregeln anordnen können, wird im Einführungsgesetze bestimmt werden.

Testamentsvollstrecker.

Die Ausnahme, daß das Nachlaßgericht einem Testamentsvollstrecker, soweit derselbe nach den Anordnungen des Erblassers zur Sorge für den Nachlaß berufen ist, die Sorge für den Nachlaß zu überlassen hat (Abs. 2), rechtfertigt sich mit Rücksicht auf die den §§ 1897 ff. zu Grunde liegende Auffassung des Entwurfes von der Stellung des Testamentsvollstreckers.

Verbot der Siegelung rc. nicht zulässig.

Dem preuß. A. L. R. und einigen anderen Rechten ist das Verbot der Siegelung seitens des Erblassers bekannt. Bei Erörterung der Formvorschriften S. 294 ist erwähnt, daß einige geltende Rechte eine erleichterte

[1]) Roth § 384 Anm. 8—14; Heimbach §§ 303, 309 für die thüring. Rechte; sächs. G. B. §§ 2246—2249, 2286, 2287, 2322, 2323, 2349; Mommsen §§ 214—218, 260, 280; hess. Entw. Mot. S. 127; Plitt S. 51; hamb. Gef. v. 21. Dezember 1868 §§ 8 ff.; brem. Recht nach Post § 213; wegen des franz. Rechtes vergl. Zachariae §§ 609, 610, 612, 640 mit § 590 a. E.; wegen des preuß. A. L. R. Eccius § 267, insbesondere Anm. 5, Dernburg § 214.

Form für ein solches Verbot zulassen. Der Entwurf hat die Wirksamkeit eines solchen Verbotes des Erblassers nicht anerkannt. Die Anlegung von Siegeln und die Anfertigung eines Nachlaßverzeichnisses kommt nur in den Fällen in Frage, in welchen das Nachlaßgericht von Amtswegen für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen oder in Gemäßheit des § 2059 eine Nachlaßpflegschaft einzuleiten hat, in dem letzteren Falle nur dann, wenn das Nachlaßgericht oder der Nachlaßpfleger diese Maßregel nach Lage der Sache für geboten erachtet. Ist aber das Eine oder das Andere der Fall, so vermag ein entgegenstehender Wille des Erblassers hieran nichts zu ändern. Von dem Nachlaßgerichte wird im Interesse der öffentlichen Ordnung vorgegangen; der Wahrung der öffentlichen Ordnung kann durch eine Privatdisposition nicht entgegengetreten werden. Hieran muß um so mehr festgehalten werden, als die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß mit dem Tode des Erblassers Umstände eingetreten sind, welche dieser zur Zeit der Anordnung des Verbotes zu würdigen nicht vermocht hat. Indem der Entwurf sich jeder Vorschrift enthält, gelangt diese Auffassung hinreichend zum Ausdrucke. Denn das Verbot müßte besonders gestattet werden, wenn es zulässig sein sollte.

§ 2059.

II. Nachlaßpflegschaft. 1. Bestellung eines Nachlaßpflegers. Voraussetzung.

Als Voraussetzung der Anordnung einer Nachlaßpflegschaft wird, abgesehen von dem im zweiten Absatze besonders geregelten Falle, aufgestellt, daß der Erbe unbekannt ist. Nur in diesem Falle und im Falle des zweiten Absatzes wird die in den §§ 2060—2066 einer eigenthümlichen Regelung unterworfene, als besondere Pflegschaft gekennzeichnete Nachlaßpflegschaft eingeleitet.

Nasciturus.

Unbekannt ist der Erbe auch dann, wenn eine Schwangerschaft vorhanden ist, in Folge deren ein Erbberechtigter geboren werden kann. Ist in Rücksicht auf die besonderen persönlichen Verhältnisse eines bekannten Erben eine Fürsorge durch Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft nöthig, so verbleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen des Vormundschaftsrechtes. Von diesen Grundsätzen abzuweichen, liegt kein genügender Anlaß vor, insbesondere auch nicht nach der Seite, daß die Voraussetzungen der Anordnung einer Pflegschaft zu erweitern wären. — Ist nur einer von mehreren Miterben unbekannt, und dahin gehört auch der Fall, in welchem ein nasciturus nur Miterbe sein würde, so tritt die Nachlaßpflegschaft nur in Ansehung des diesem etwa anfallenden Erbtheiles ein.

Eine Verdeutlichung, daß bei dem Vorhandensein eines nasciturus der Fall der Nachlaßpflegschaft gegeben sei, ist gegenüber dem im ersten Absatze in Bezug genommenen § 1742 nicht erforderlich. Die Besorgniß, es könne das Mißverständniß entstehen, in Ansehung eines nasciturus sei nur die Anordnung einer Pflegschaft nach Maßgabe des § 1741 statthaft, erscheint nicht begründet. Auch ohne eine weitere Anleitung im Gesetze wird nicht verkannt werden, daß eine Pflegschaft nach Maßgabe des § 1741 nur für die Angelegenheiten, welche lediglich den nasciturus angehen, einzuleiten ist. Hier handelt es sich hingegen darum, daß eine Pflegschaft anzuordnen ist für denjenigen,

welcher sich, je nachdem die vorhandene Schwangerschaft zu einer lebenden Geburt führt oder nicht führt, als definitiver Erbe herausstellen wird.

Wie viel als Erbtheil eines in Betracht kommenden nasciturus vorläufig anzusehen ist, falls die Höhe der Erbtheile von der Zahl der Erben abhängt, ist nicht an dieser Stelle zu bestimmen, wenn auch nicht zu verkennen ist, daß mit einer solchen Vorschrift eine feste Begrenzung des Umfanges der Nachlaßpflegschaft gewonnen sein würde. Ueber die hierdurch angeregte Frage vergl. § 2154.

Zu errichtende Stiftung als Erbe.

Daß in gleicher Weise wie wenn ein nasciturus berufen ist, eine Nachlaßpflegschaft dann einzuleiten ist, wenn eine zu errichtende Stiftung als Erbe berufen ist, erscheint selbstverständlich und bedarf gleichfalls keines besonderen Ausdruckes.

Beantragte Pflegschaft.

Die Nachlaßpflegschaft auch dann einleiten zu lassen, wenn sämmtliche Erben die Bestellung eines Nachlaßpflegers beantragen und ebenso, wenn der alleinige Erbe oder einer von mehreren Erben die Bestellung beantragt, würde deshalb nicht gerechtfertigt sein, weil die Zulassung der Nachlaßpflegschaft in einem so ausgedehnten Umfange weder innerlich begründet noch ein Bedürfniß ist. Eine solche Vorschrift würde auch mit dem im größten Theile Deutschlands geltenden Rechte nicht im Einklange stehen[1]). Sind die Erben in der Lage, die den Nachlaß betreffenden Angelegenheiten zu führen, so haben sie sich der Führung auch zu unterziehen. Den Erben kann nicht die Befugniß eingeräumt werden, sich einen gesetzlichen Vertreter in Ansehung des Nachlasses durch Vermittelung des Nachlaßgerichtes nach ihrem Belieben zu setzen und Dritte zu nöthigen, mit einem solchen Vertreter, statt mit ihnen selbst, etwaige Streitigkeiten auszumachen. Das Ergebniß einer solchen Vorschrift würde sein, daß vermöge der dem Nachlaßgerichte obliegenden Aufsicht über den Nachlaßpfleger ein Ersatz für die allgemeine gerichtliche Nachlaßregulirung geschaffen würde, im Widerspruche mit der Auffassung, daß eine solche Nachlaßregulirung in der Regel nicht eintreten soll.

Pfleger für einen bekannten Erben.

Ebensowenig ist eine Nachlaßpflegschaft einzuleiten, wenn ein bekannter Erbe für den Nachlaß zu sorgen außer Stande ist[2]). Hat die Behinderung eines Erben ihren Grund darin, daß der Erbe geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt und nicht vertreten ist, so genügt es, daß das Nachlaßgericht in Gemäßheit des § 2058 in der Lage ist, vorläufig Sicherungsmaßregeln zu treffen. Im Uebrigen liegt es dem zuständigen Gerichte ob, thunlichst bald für die Bestellung eines Vormundes oder Pflegers Sorge zu tragen. Das Gleiche gilt im Wesentlichen, wenn es sich um einen abwesenden und nicht vertretenen Erben handelt, für welchen nach dem § 1740 ein Pfleger bestellt werden kann. Ist der Erbe an dem Orte, wo der Nachlaß sich befindet, nicht anwesend und nicht vertreten, oder hat er seinen Wohnsitz im Auslande,

[1]) Stobbe § 282 Anm. 30; preuß. A. L. R. I, 9 § 471 und preuß. Vorm. O. v. 1875 § 89; sächs. G. B. § 2247; code civil Art. 819; Mommsen § 215; Roth § 393 Anm. 23—27.

[2]) Vergl. Mommsen § 215 Nr. 2.

ist er mithin im Sinne des § 1740 nicht (von seinem Wohnsitze) abwesend, so kann nach den Grundsätzen der §§ 1738 ff., die Bestellung eines Pflegers nicht erfolgen. Auch in einem solchen Falle kann in der Zeit zwischen dem Eintritte des Erbfalles und dem persönlichen Erscheinen des Erben oder der Bestellung eines Bevollmächtigten seitens desselben das Bedürfniß einer Vertretung sich geltend machen. Die Bedenken, welche dahin geführt haben, die Bestellung eines Pflegers für einen solchen Fall im Allgemeinen nicht zu gestatten (vergl. Motive zum Familienrechte S. 1252, 1253), rechtfertigen es, eine Nachlaßpflegschaft gleichfalls nicht eintreten zu lassen. Die Sorge für eine angefallene Erbschaft unterscheidet sich nicht von der Sorge für andere, vielleicht weit wichtigere Angelegenheiten. Würde auch dann, wenn die Anordnung einer Vormundschaft oder Pflegschaft für den behinderten Erben statthaft ist, eine Nachlaßpflegschaft zugelassen, so würde derselbe Fall eine verschiedene Behandlung erfahren, je nachdem eine Vormundschaft oder Pflegschaft oder eine Nachlaßpflegschaft eingeleitet wird. Die Vormundschaft oder Pflegschaft schafft eine Vertretung für die bestimmte konkrete Person. Die Nachlaßpflegschaft wird dagegen für denjenigen geführt, welcher schließlich als definitiver Erbe sich herausstellt. Dies muß nicht nothwendig der zunächst berufene behinderte Erbe sein; dieser kann seinerseits ausschlagen und damit sich den von dem Nachlaßpfleger eingegangenen Verpflichtungen entziehen.

Ablehnung einer Pflegschaft in anderen Fällen.

Selbst dann, wenn, bevor der Erbe die Erbschaft angenommen hat, der zunächst berufene Erbe die Vertretung ablehnt oder für die Erbschaft zu sorgen unterläßt, ist eine Nachlaßpflegschaft nicht erforderlich. Solange der berufene Erbe sich darüber noch nicht entschieden hat, ob er die Erbschaft ausschlagen oder annehmen wolle, wird er in der Regel der Wahrnehmung des Interesses des Nachlasses sich unterziehen, schon um sich selbst für den Fall der Annahme nichts entgehen zu lassen. In Betracht kommen also nur die seltenen Fälle, in welchen der berufene Erbe entschlossen ist, die Erbschaft auszuschlagen, die Ausschlagung aber noch nicht erklärt hat, vielmehr in Unthätigkeit verharrt. In solchen Fällen kann allerdings die Erbschaft durch das passive Verhalten des berufenen Erben für den späteren wirklichen Erben eine Schmälerung erfahren. Allein, solange der vorher Berufene nicht ausgeschlagen hat, ist überhaupt die Stellung des späteren Erben nicht eine rechtlich besonders gefestigte. Ob der später Berufene ein Recht erlangt, hängt von der Entschließung des früher Berufenen ab. Jener muß es daher hinnehmen, wenn der früher Berufene die Wahrung des Interesses des Nachlasses, zu welcher er nicht verpflichtet ist, versäumt hat.

Die Vorschrift des ersten Absatzes trifft auch den Fall, daß durch das Nachlaßgericht festzustellen ist, ob andere Erben als der Fiskus nicht vorhanden sind (§ 1974). Eine ausdrückliche Erwähnung dieses Falles ist entbehrlich. Daß die Nachlaßpflegschaft nur für denjenigen geführt wird, welcher schließlich der Erbe sein wird, daß der Entwurf also eine cura personae, nicht eine cura rei[1]), an-

Cura personae, non rei.

[1]) Windscheid § 447 Anm. 4; Roth § 393 Anm. 23; sächs. G. B. § 2248 und dazu Unger § 7 Anm. 20; wegen des preuß. A. L. R. Dernburg § 216 Anm. 11, 12 mit § 97 a. E. und gegen diesen Eccius § 236 S. 236—238.

nimmt, entspricht dem Grundsatze des § 2025, daß der Erbe die Erbschaft kraft des Gesetzes erwirbt. Dies ist im ersten Absatze durch die Worte „demjenigen, welcher der Erbe sein wird“ deutlich zum Ausdrucke gebracht.

Pfleger auf Antrag eines Nachlaßgläubigers.

Daß ein Nachlaßpfleger auf Antrag auch dann zu bestellen ist, wenn ein Nachlaßgläubiger vor der Annahme der Erbschaft von Seiten des berufenen Erben die Befriedigung aus dem Nachlasse verlangt, und der Erbe für die Befriedigung nicht sorgt (Abs. 2), geht über die Vorschriften der §§ 693, 694 der C. P. O. hinaus. Der Zweck der Vorschrift ist, den Nachlaßgläubigern die Rechtsverfolgung zu erleichtern. Es wird nicht lediglich für die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung gesorgt, sondern, in Erweiterung jener Vorschriften der C. P. O. die Prozeßführung vor der Annahme der Erbschaft seitens des Berufenen ermöglicht. Der Erbfall bringt mit sich, daß, solange die Erbschaft noch nicht angenommen ist, gegen den Erben selbst wider dessen Willen ein neuer Rechtsstreit nicht angestrengt, ein bereits anhängiger Rechtsstreit nicht fortgesetzt werden kann (§ 2057). Darin liegt für den Gläubiger eine erhebliche Erschwerung der Rechtsverfolgung, welche sich um so empfindlicher fühlbar machen wird, je länger unter Umständen der Zwischenraum zwischen dem Erbfalle und der Annahme der Erbschaft sich ausdehnen kann (vergl. §§ 2030, 2031). Zur Beseitigung dieses unverkennbaren Uebelstandes ist es angemessen, dem Gläubiger das Recht zu gewähren, die Einleitung der Nachlaßpflegschaft zu beantragen. Dem zunächst berufenen Erben, falls er bekannt, anwesend und verfügungsfähig ist, die Vertretung des Nachlasses zu übertragen, geht nicht wohl an, weil alsdann der Berufene zu handeln gezwungen würde, obwohl er nicht zu handeln verpflichtet ist, und sich dazu auch vielleicht nicht veranlaßt findet, und weil er nach der von dem Entwurfe dem Inventarrechte gegebenen Gestaltung die Abzugseinrede nicht wohl erheben kann, ohne damit zugleich die Annahme der Erbschaft zu erklären. Ebensowenig würde die Anordnung einer Vertretung ad hoc genügen. Eine vollständige Nachlaßpflegschaft ist allein am Platze, weil der zu bestellende Vertreter zu prüfen hat, ob er den Konkurs zu beantragen oder die Abzugseinrede geltend zu machen veranlaßt ist. Das Wort „Nachlaßgläubiger“ umfaßt nach dem § 2092 auch die Gläubiger aus Rechtshandlungen des Erben, z. B. aus der Besorgung der Beerdigung des Erblassers, sowie Vermächtnißnehmer und Pflichttheilsberechtigte. Ein Mißverständniß erscheint ausgeschlossen, da die Vorschrift von „Befriedigung aus dem Nachlasse verlangen“ redet. Von selbst versteht sich, daß die Vorschrift keine Anwendung finden kann, wenn der Gläubiger sich an die Person des Erben halten will[1]).

falls nur ein Miterbe sich nicht entschieden hat.

Hat nur einer der Miterben sich noch nicht entschieden, so ist in Ansehung des betreffenden Erbtheiles die Nachlaßpflegschaft einzuleiten. Hat z. B. von mehreren Erben ein Erbe die Erbschaft sofort angenommen, ein anderer Erbe aber sich nicht erklärt, so kann im Hinblicke auf den im § 320 ausgesprochenen Grundsatz (debita ipso jure sunt divisa, vergl. § 2051) ein Nachlaßgläubiger auch den letzteren nach Verhältniß seines Erbtheiles belangen

[1]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. sächs. G. B. § 2247; Unger § 7 Anm. g und ferner Mommsen § 216 (dessen Mot. S. 282).

und in Ansehung dieses Erbtheiles die Bestellung eines Nachlaßpflegers verlangen.

Stellung des Entwurfes zur C. P. O.

Die C. P. O. beschränkt sich in den §§ 693, 694 auf Vorschriften, welche den Nachlaßgläubigern die Rechtsverfolgung im Wege der Zwangsvollstreckung erleichtern. Die C. P. O. konnte auch nach Lage der Dinge nicht weiter gehen. Der Entwurf verfolgt den der C. P. O. zu Grunde liegenden Gedanken. Maßgebend ist hierfür, daß nicht abzusehen ist, weshalb die Nachlaßgläubiger, sobald der Nachlaß unzureichend ist, die Befriedigung ihrer Ansprüche sofort durch Herbeiführung des Nachlaßkonkurses nach dem § 204 der Konk. O. betreiben können, während dieselben, wenn der Nachlaß zureicht, gezwungen sein sollen, zu warten, bis die Erbschaft seitens des Erben angenommen ist, sofern ihnen nicht ein bereits gegen den Erblasser erwirkter Titel zur Zwangsvollstreckung zur Seite steht. Den Gläubigern die Geltendmachung von Ansprüchen dann zu gestatten, wenn ein Nachlaßpfleger vorhanden ist, würde nicht genügen. Denn selbst im Falle des § 2059 Abs. 1 kann zwar ein Nachlaßpfleger bestellt werden; er muß aber nicht stets bestellt sein. Voraussetzung der Bestellung eines Nachlaßpflegers ist in dem bezeichneten Falle, daß ein Bedürfniß im Interesse der Erbschaft hervorgetreten ist. An einem solchen Interesse kann es namentlich dann fehlen, wenn im Nachlasse bereites Vermögen nicht vorhanden ist oder der Nachlaß im Wesentlichen nur aus ausstehenden Forderungen sich zusammensetzt.

Der in Gemäßheit des zweiten Absatzes bestellte Nachlaßpfleger ist gleichfalls ein Vertreter desjenigen, welcher der Erbe sein wird, kein curator rei. Mit Rücksicht auf den § 2057 müßte, streng genommen, die Bestellung eines Pflegers davon abhängig gemacht werden, daß der als Erbe Berufene sich nicht nur weigert, den Nachlaßgläubiger zu befriedigen, sondern es auch ablehnt, auf eine von diesem erhobene Klage sich einzulassen. Allein dies würde zu weit gehen. Selbst die Verweigerung der Befriedigung kann nicht zur Voraussetzung der Bestellung eines Nachlaßpflegers gemacht werden, weil damit dem Nachlaßgläubiger ein unter Umständen mißlicher Nachweis angesonnen würde. Es muß genügen, daß der als Erbe Berufene, welcher noch nicht angenommen hat, für die Befriedigung des Gläubigers nicht sorgt. Andererseits ist aber auch nicht ohne Weiteres auf die bloße Behauptung einer Person hin, daß sie einen Anspruch gegen den Nachlaß habe, mit der Bestellung eines Nachlaßpflegers vorzugehen, vielmehr muß der Gläubiger seinen Anspruch dem Nachlaßgerichte vorher in einer Weise glaubhaft machen, daß das Nachlaßgericht die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft für angezeigt erachtet. Eines besonderen Ausdruckes hierfür bedarf es nicht. Als selbstverständlich ist ferner anzusehen, daß, wenn einmal die Nachlaßpflegschaft angeordnet ist, sie dadurch nicht hinfällig wird, daß sich später ergiebt, der Antragsteller habe keinen Anspruch gegen den Nachlaß.

Testamentsvollstrecker als Nachlaßpfleger.

Von der Bestellung eines Nachlaßpflegers Abstand zu nehmen, soweit ein Testamentsvollstrecker vorhanden ist, und dem letzteren alsdann die Rechte eines Nachlaßpflegers beizulegen, ist nicht für angemessen erachtet. Die Gründe, auf welchen der § 2057 Abs. 2 beruht, treffen in einem solchen Falle nicht zu. Soweit dadurch, daß ein Testamentsvollstrecker vorhanden ist, das

Bedürfniß einer besonderen Vertretung des Nachlasses befriedigt ist, wird die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft an sich nicht stattfinden. Macht sich aber das Bedürfniß einer besonderen Vertretung des Nachlasses geltend, so wäre es bedenklich, durch das Gesetz den Testamentsvollstrecker mit der Funktion des Nachlaßpflegers zu betrauen. Der Testamentsvollstrecker kann sehr wohl eine Person sein, welche sich zu dieser Funktion nicht eignet. Unter Umständen kann es gerade die Aufgabe des Nachlaßpflegers sein, den Testamentsvollstrecker zu überwachen oder doch ihm gegenüber das Interesse des unbekannten Erben zu wahren.

§ 2060.

2. Anwendbarkeit der Vorschriften über die Pflegschaft.

Da die Nachlaßpflegschaft eine cura personae, nicht eine cura rei ist, müssen die Vorschriften der §§ 1738 ff. im Allgemeinen auf diese Pflegschaft anwendbar sein. Dies auszusprechen, ist nicht überflüssig. Insbesondere genügt es nicht, daß der § 2059 Abs. 1 auf den § 1742 Bezug nimmt. Denn einmal findet sich die Verweisung nur im ersten Absatze des § 2059, dann aber wird auf den § 1742 auch nur in Ansehung der Frage Bezug genommen, unter welchen Voraussetzungen die Nachlaßpflegschaft anzuordnen sei. Abgesehen davon, daß der § 2060 in angemessener Weise zu den folgenden Vorschriften überleitet, erscheint die Vorschrift namentlich deshalb angemessen, weil die hier in Rede stehende Pflegschaft die besondere technische Bezeichnung Nachlaßpflegschaft erhalten hat und hieraus in Verbindung mit dem Umstande, daß die folgenden Vorschriften die Rechte und Verbindlichkeiten des Nachlaßpflegers in gewissen Beziehungen näher bestimmen, die unzutreffende Folgerung gezogen werden könnte, die Stellung des Nachlaßpflegers habe damit erschöpfend geregelt werden sollen. Statt der Vorschriften über die Pflegschaft die Vorschriften über die Vormundschaft, diese aber für nur entsprechend anwendbar zu erklären, ist nicht zulässig. Eine solche Vorschrift würde nicht die für die Pflegschaft geltenden §§ 1744—1748 einbeziehen, während doch auch diese, soweit sie nicht hier gegenstandslos sind, bei der Nachlaßpflegschaft Platz zu greifen haben.

Nähere Bestimmung der Befugnisse des Pflegers.

Durch eine hierneben zu bestimmende Hinweisung auf verschiedene für den Testamentsvollstrecker geltende Vorschriften den dem Nachlaßpfleger zufallenden Wirkungskreis näher zu bestimmen, ist ebenfalls nicht zulässig. Eine solche Hinweisung könnte das Mißverständniß nahe legen, der Nachlaßpfleger sei nicht ein wirklicher Pfleger, sondern ein eigenartiger Vertreter, dem eine Stellung gebühre, welche in der Mitte zwischen einem Pfleger und einem Testamentsvollstrecker stehe. Zudem würde dadurch der Wirkungskreis des Nachlaßpflegers in einer keineswegs zutreffenden Weise bestimmt. So behandelt z. B. der § 1997 Abs. 1 die Hauptaufgabe des Testamentsvollstreckers, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen. Für den Nachlaßpfleger ist die Ausführung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers nur Nebensache; nicht selten wird es seine Pflicht sein, diese Verfügungen nicht alsbald auszuführen, vielmehr mit deren Ausführung zu warten. Daß der Nachlaßpfleger die Nachlaßsachen in seine Inhabung zu nehmen, den Nachlaß festzustellen und

zu verwalten hat (vergl. § 1899 Abs. 1 Satz 1), ergiebt sich schon aus den Vorschriften über die Pflegschaft. Wenn aber der § 1899 Abs. 1 Satz 2 die Liquidation des Nachlasses dem Testamentsvollstrecker zur Pflicht macht, so fällt eine solche Aufgabe wiederum nicht ohne Weiteres in den Bereich der Aufgaben des Nachlaßpflegers. Der Letztere hat zunächst, zumal wenn voraussichtlich die Pflegschaft nur von kurzer Dauer sein wird, den Nachlaß thunlichst in dem Stande zu erhalten, in welchem derselbe sich bei Uebernahme der Nachlaßpflegschaft befunden hat. Bedenklich würde auch eine entsprechende Anwendbarkeit des § 1900 Abs. 1 sein. Diese Vorschrift macht die objektive Gültigkeit gewisser Verfügungen des Testamentsvollstreckers davon abhängig, daß die Verfügungen den daselbst bezeichneten Voraussetzungen entsprechen. Ueber die Gültigkeit der Verfügungen des Nachlaßpflegers entscheiden dagegen lediglich die Vorschriften über die Vertretungsmacht eines Pflegers oder Vormundes, abgesehen von seiner persönlichen Verantwortlichkeit gegenüber dem Erben. Die Vorschrift des § 1902 Abs. 1 Satz 1 über die beschränkte Befugniß des Testamentsvollstreckers, eine Verbindlichkeit einzugehen, paßt gleichfalls für den Pfleger nicht.

Der Gedanke, den Wirkungskreis des Nachlaßpflegers näher zu bestimmen, ist, soviel auch für denselben spricht[1]), nicht ausführbar. Wie bei der Abwesenheitspflegschaft (vergl. Motive zum Familienrechte S. 1258) auf Einzelheiten nicht eingegangen ist, zumal solche Vorschriften doch nicht erschöpfend sein können, so muß auch in Ansehung der Nachlaßpflegschaft von der Bestimmung der Einzelheiten Abstand genommen und es dabei belassen werden, daß die Rechte und Pflichten des Nachlaßpflegers im Allgemeinen aus dem Zwecke sich ergeben, welchem die Nachlaßpflegschaft dient[2]).

§ 2061.

3. Rechte und Pflichten des Nachlaßgerichtes.

Daß das Nachlaßgericht in Ansehung der Nachlaßpflegschaft die Rechte und Pflichten des Vormundschaftsgerichtes haben soll, ist aus Zweckmäßigkeitsgründen bestimmt, im Hinblicke auf die Verschiedenheit der Betheiligten und darauf, daß das Interesse derselben im Widerspruche mit einander stehen kann. Einige geltende Rechte, z. B. preuß. A. L. R. I, 9 § 471[3]), sächs. G. B. § 2247, stimmen hiermit überein.

§ 2062.

4. Umfang der Vertretungsmacht.

Gegen den Nachlaßpfleger müssen alle Ansprüche aus Nachlaßverbindlichkeiten geltend gemacht werden können, also auch die Ansprüche aus Vermächt-

[1]) Preuß. A. L. R. I, 9 §§ 471 ff., Vorm. O. v. 1875 § 89, Dernburg § 216 Anm. 23—26.

[2]) Vergl. Siebenhaar zu § 2248 sächs. G. B.; hiergegen Mommsen § 217 Abs. 2, Unger § 7 Anm. 20, Bl. f. R. A. 41 S. 119.

[3]) In Preußen ist jedoch die Vorschrift des § 471 a. a. O. wegen der Vorm. O. von 1875 § 89 Abs. 1 von Einigen als nicht mehr geltend angesehen; vergl. Johow, Jahrb. Bd. 3 S. 69, Bd. 4 S. 98, Dernburg § 216 Anm. 7, Eccius § 236 Anm. 16.

nissen und Auflagen (vergl. § 2092). Die Fassung „Ansprüche aus Nachlaßverbindlichkeiten" wäre aber inkorrekt. Indem die Vorschrift von Ansprüchen, welche gegen den Erben als solchen zu richten sind, spricht, trifft sie auch die dinglichen Ansprüche gegen den Nachlaß, welche nach der Terminologie des Entwurfes durch jene Fassung nicht eingeschlossen sein würden (vergl. § 167).

Von der Person des Erben abhängige Verbindlichkeiten.

Der Schwerpunkt der Vorschrift liegt in der beigefügten Ausnahme für Verbindlichkeiten, welche von der Person des Erben abhängig sind. In Ansehung rein persönlicher Verbindlichkeiten kann der Nachlaßpfleger nicht Vertreter sein, weil er nicht Vertreter einer bestimmten Person ist, sondern desjenigen, welcher der Erbe sein wird. Neben dieser Ausnahme gelangt der immerhin wichtige Hauptgrundsatz zum Ausdrucke.

§§ 2063—2065.

Die Stellung des Nachlaßpflegers als eines Vertreters desjenigen, welcher der Erbe sein wird, macht erforderlich, schon hier auf das Inventarrecht des Erben sich beziehende Vorschriften einzustellen. Zum besseren Verständnisse dieser Vorschriften wird auf die Bemerkungen zu den §§ 2092, 2093 verwiesen.

§ 2063.

5. Einfluß auf das Inventarrecht des Erben.

Nach der Auffassung des Entwurfes hat jeder Erbe das Inventarrecht kraft des Gesetzes (§§ 2092 ff.). Das Inventarrecht des Erben steht daher auch dem Nachlaßpfleger als Vertreter des Erben kraft des Gesetzes zu. Dies würde keines Ausdruckes bedürfen. Der Erbe kann aber des Inventarrechtes verlustig werden durch Verzicht (§ 2094), durch Versäumung der zur Einreichung des Inventares auf Antrag eines Betheiligten gesetzten Frist (§ 2095), weiter in Gemäßheit des § 2106, endlich durch Nichtgeltendmachung im Rechtsstreite, d. i. durch unterbliebenen Vorbehalt oder Aberkennung im Urtheile (§ 2108). Der Nachlaßpfleger kann als Vertreter des Erben durch Handlungen und Unterlassungen den Verlust des Inventarrechtes für den Erben nicht herbeiführen. Inwiefern der Erbe selbst, nachdem der unbekannte Erbe bekannt geworden und die Erbschaft angenommen hat, oder nachdem von dem bekannten Erben (§ 2059 Abs. 2) die Annahme der Erbschaft erfolgt ist, dieser durch seine Handlungen und Unterlassungen den Verlust des Inventarrechtes sich zuziehen kann, bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen.

Die Vorschriften sind positiv, aber dadurch gerechtfertigt, daß es nicht zu den Befugnissen des Nachlaßpflegers gehören kann, den Rechten des Erben in dieser Hinsicht etwas zu vergeben.

Eine Vorschrift, daß der Nachlaßpfleger die Erbschaft nicht ausschlagen oder annehmen könne, und daß er nicht ermächtigt sei, über das Erbrecht Rechtsstreitigkeiten zu führen, ist entbehrlich. Der Nachlaßpfleger vertritt denjenigen, welcher der Erbe sein wird, nicht denjenigen, welcher als Erbe noch ausschlagen oder annehmen kann. Würde gleichwohl davon gesprochen, daß

er die Erbschaft nicht ausschlagen oder annehmen könne, so würde dies nur dazu führen, die Stellung des Nachlaßpflegers zu verdunkeln. Abweichend bestimmt das preuß. A. L. R. I, 9 § 472[1]); indessen ist nicht zu übersehen, daß das preuß. A. L. R. eine gesetzliche (nicht wie der Entwurf) eine richterliche Inventarfrist hat, und daß deshalb das preuß. A. L. R. Vorsorge treffen mußte, damit nicht der Erbe durch Ablauf der Inventarfrist benachtheiligt werde.

Rechtsstreit über das Erbrecht.

Selbstverständlich ist ferner, daß der Nachlaßpfleger nicht Rechtsstreitigkeiten über das Erbrecht führen kann; der wirkliche Erbe hat gegen ihn als seinen Vertreter nur die Ansprüche aus der geführten Pflegschaft (actio tutelae). Ein Streit zwischen dem Nachlaßpfleger und dem wirklichen Erben über das Erbrecht würde sich als ein Streit zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen darstellen. Ein solcher ist ausgeschlossen, weil Niemand mit sich selbst prozessiren kann. Wenn im geltenden Rechte anders bestimmt ist (preuß. A. L. R. I, 9 § 487)[2]), so dürfte dies damit im Zusammenhange stehen, daß der Nachlaßpfleger als Kurator der Masse aufgefaßt worden ist.

Die Vorschrift des § 2063 macht es entbehrlich, vorzusehen, daß dem Erben die Abzugseinrede gewahrt bleibe, auch wenn dieselbe in einem gegen den Nachlaßpfleger in Ansehung von Erbschaftsverbindlichkeiten ergangenen Urtheile nicht ausdrücklich vorbehalten ist. Eine besondere Vorschrift, daß die Zwangsvollstreckung aus einem solchen Urtheile gegen den Erben nur ebenso stattfindet, wie aus einem gegen den Erblasser selbst ergangenen Urtheile, ist daher nicht erforderlich.

§ 2064.

6. Befugniß zum Aufgebote der Nachlaßgläubiger,

Indem bestimmt wird, der Nachlaßpfleger sei berechtigt, das erbschaftliche Gläubigeraufgebot und den Nachlaßkonkurs zu beantragen, wird nicht eine Ausnahme von den für die Pflegschaft geltenden Vorschriften des Vormundschaftsrechtes oder eine Modifikation dieser Vorschriften bestimmt, vielmehr nur verdeutlicht, was schon aus diesen Vorschriften sich herleiten läßt.

zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses.

Wenigstens in Ansehung des Antrages auf Konkurseröffnung kann die Vorschrift wegen des § 205 Abs. 1 der Konk. O. entbehrlich erscheinen. Allein der § 205 Abs. 1 a. a. O. erklärt nur den Vertreter des Nachlasses als zu dem Antrage berechtigt. Der Nachlaßpfleger des Entwurfes ist aber kein Vertreter des Nachlasses, sondern der Vertreter desjenigen, welcher Erbe sein wird, also des Erben. Wenn aber der § 205 auch dem Erben selbst das gleiche Recht beilegt, so soll dem gegenüber die Vorschrift den Zweifel lösen, ob der Nachlaßpfleger des Entwurfes in Ansehung der Ausübung dieses Rechtes als Vertreter des Erben, d. h. der Person, welche der definitive Erbe sein wird, gelten könne. In einer so wichtigen Beziehung dürfen Zweifel nicht bestehen[3]).

[1]) Vergl. dazu Dernburg § 216 Anm. 13, 14; Eccius § 236 Anm. 17, 19.

[2]) Vergl. Dernburg § 216 Anm. 20, 21; Eccius § 236 Anm. 16.

[3]) Vergl. preuß. Ges. v. 28. März 1879 § 1 Abs. 1; Dernburg § 216 Anm. 16, 17; Eccius § 236 Anm. 21, 23.

§ 2065.

7. Verpflichtung des Pflegers bei unzureichendem Nachlasse.

Wird dann, wenn der Nachlaß zur vollständigen Befriedigung aller Nachlaßgläubiger unzureichend ist, ein Nachlaßgläubiger vollständig befriedigt, obschon er dies nicht beanspruchen konnte, so trägt nach den Vorschriften über das Inventarrecht der Erbe den Schaden. Um dieses Ergebniß zu verhüten, darf der Nachlaßpfleger in einem solchen Falle den Gläubiger nicht vollständig befriedigen. Die Vorschrift des ersten Absatzes erklärt deshalb den Nachlaßpfleger gegenüber dem Erben für verpflichtet, dafür zu sorgen, daß der Gläubiger sich nicht im Wege der Zwangsvollstreckung vollständige Befriedigung verschaffe. Das Letztere kann der Nachlaßpfleger dadurch verhindern, daß er entweder den Konkurs beantragt oder im Zwangsvollstreckungs-Rechtszuge rechtzeitig die Abzugseinrede erhebt. Die Vorschrift kann entbehrlich erscheinen; ihre Aufnahme ist aber im Interesse der Deutlichkeit rathsam.

Wegen der Befugniß des Nachlaßpflegers, Einstellung der Zwangsvollstreckung auf Grund des § 2143 zu verlangen, vergl. § 2143 Abs. 2.

Auskunftspflicht.

Weiter wird der Nachlaßpfleger gegenüber den Nachlaßgläubigern für verpflichtet erklärt, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu ertheilen (Abs. 2). Der Grund der Vorschrift liegt darin, daß der Nachlaßpfleger, solange er nicht den Konkurs beantragt oder die Abzugseinrede erhebt, durch einen Nachlaßgläubiger nicht gezwungen werden kann, ein Inventar vorzulegen. Die Nachlaßgläubiger haben aber unter Umständen ein erhebliches Interesse daran, schon vor der Geltendmachung ihrer Ansprüche einen Einblick in den Bestand des Nachlasses zu gewinnen. Gegenüber dem Erben können sich die Gläubiger einen solchen Einblick in Gemäßheit des § 2095 dadurch verschaffen, daß sie dem Erben durch das Nachlaßgericht eine Frist zur Inventarerrichtung bei Vermeidung des Verlustes des Inventarrechtes setzen lassen. Der Nachlaßpfleger kann jedoch auf eine solche Weise nicht zur Inventarlegung gezwungen werden. Daß der Nachlaßpfleger nicht für seine Person, sondern als Vertreter des Erben in dem Sinne auskunftspflichtig ist, daß die Folgen der Nichterfüllung dieser Verpflichtung den Erben treffen, bedarf eines besonderen Ausdruckes nicht.

Ablehnung weiterer Vorschriften.

Weitere Vorschriften über die Nachlaßpflegschaft sind, von den Vorschriften des § 2066 über die Aufhebung der Nachlaßpflegschaft und des § 2067 über das Aufgebot des unbekannten Erben abgesehen, nicht aufgenommen.

In Betracht zu ziehen sind insbesondere folgende Vorschriften, deren Aufnahme befürwortet werden könnte.

Besitz und Inhabung, u. s. w.

I. Eine an den § 1901 sich anlehnende Vorschrift, daß der Erbe, solange die Nachlaßpflegschaft besteht, die der Nachlaßpflegschaft unterliegenden Sachen zu besitzen oder innezuhaben, auch darüber wirksam zu verfügen nicht berechtigt sei, ferner, daß derselbe während dieser Zeit einen Rechtsstreit über ein der Nachlaßpflegschaft unterliegendes Recht nicht erheben oder fortsetzen könne.

Rechtsverfolgung gegen den Pfleger.

II. Eine Vorschrift des Inhaltes, daß, wenn die Nachlaßpflegschaft auf den ganzen Nachlaß sich erstreckt, die Nachlaßgläubiger Ansprüche nur gegen den Nachlaßpfleger, nicht gegen den Erben geltend machen können, und daß

die Zwangsvollstreckung auf Grund eines gegenüber dem Erblasser oder Nachlaßpfleger vollstreckbaren Schuldtitels in einem solchen Falle nur gegen den Nachlaßpfleger, nicht gegen den Erben zulässig sei.

Vorschriften dieses Inhaltes würden dem Gebiete der Kasuistik angehören. Ihre Aufnahme wäre auch wohl nur zulässig, wenn sie noch in verschiedenen Richtungen vervollständigt würden. Die Anordnung einer Nachlaßpflegschaft hat eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des vertretenen Erben nicht zur Folge. Allerdings können Verwickelungen entstehen, wenn sowohl der Erbe als der Nachlaßpfleger über einen der Nachlaßpflegschaft unterliegenden Gegenstand verfügen. Auch in Folge der Prozeßführung über Rechte, welche der Nachlaßpflegschaft unterliegen, sind Verwickelungen denkbar, wenn der Rechtsstreit gegen den Erben und gegen den Nachlaßpfleger oder seitens derselben geführt wird. Allein derartige Fälle werden sehr selten vorkommen. Es besteht kein Anlaß, für so seltene Fälle es nicht bei demjenigen zu belassen, was sich aus den allgemeinen Grundsätzen ergiebt, zumal auch in Ansehung der Abwesenheitspflegschaft und der nach dem § 1739 zulässigen Pflegschaft, und selbst für den Fall der Bevollmächtigung, für dergleichen Kollisionen vom Entwurfe Vorschriften nicht aufgenommen sind (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 277, Motive zum Familienrechte S. 1259), obschon solche, namentlich für den Fall der Vollmachtertheilung, weit näher liegen. Der § 1901 bietet jedenfalls keinen Anlaß zu solchen Vorschriften, da derselbe auf anderen Gründen beruht (vergl. S. 233).

Nachlaßpflegschaft über einen nasciturus.

III. Vorschriften für den Fall, daß aus Rücksicht auf einen nasciturus eine Nachlaßpflegschaft einzuleiten ist. In dieser Beziehung könnte einmal, im Anschlusse an das preuß. A. L. R. I, 9 § 372, bestimmt werden, als Nachlaßpfleger sei der gesetzliche Vertreter des nasciturus dann zu bestellen, wenn diesem die Erbschaft oder der Erbtheil ausschließlich gebühren würde[1]. Wenn die Vereinigung beider Funktionen in einer Person zweckmäßig ist, wird das Nachlaßgericht ohne Weiteres den Pfleger der Leibesfrucht (§ 1741) zum Nachlaßpfleger bestellen. Es sind aber sehr wohl Fälle möglich, in welchen eine solche Vereinigung der Funktionen nicht angemessen und sogar bedenklich sein würde. In solchen Fällen das Nachlaßgericht in der Auswahl des Pflegers zu beschränken, fehlt es an jedem Anlasse. Ferner könnte bestimmt werden, in welchen Fällen der Nachlaßpfleger, wenn neben dem nasciturus Andere zu einem noch nicht bestimmbaren Theile berufen sind, zu Verfügungen der Zustimmung der übrigen Betheiligten bedarf. Eine Vorschrift dieses Inhaltes ist entbehrlich; es genügen die allgemeinen Grundsätze.

§ 2066.

8. Aufhebung der Nachlaßpflegschaft.

Jede Vorschrift über die Aufhebung der Nachlaßpflegschaft kann entbehrlich erscheinen. Allein in Gemäßheit des § 2060 würde sich die Beendigung der Nachlaßpflegschaft nach dem § 1748 bestimmen. Von dem § 1748 ist jedoch nach Lage der Sache nur die Vorschrift anwendbar, daß

[1]) Vergl. Dernburg § 217 Anm. 11; Eccius § 267 Anm. 23.

zur Beendigung der Nachlaßpflegschaft die Aufhebung von Seiten des Nachlaßgerichtes erforderlich ist, und daß die Aufhebung erfolgen soll, wenn der Grund zur Anordnung der Nachlaßpflegschaft weggefallen ist. Ist nun der Grund für die Anordnung der Nachlaßpflegschaft im Falle des § 2059 Abs. 1 der Umstand, daß der Erbe unbekannt ist, so könnte, in Ermangelung einer besonderen Vorschrift, angenommen werden, die Nachlaßpflegschaft sei aufzuheben, sobald der Erbe nicht mehr unbekannt ist. Die Nachlaßpflegschaft wird aber für denjenigen geführt, welcher sich als der Erbe ausweisen wird, und soll zugleich dem Bedürfnisse der Vertretung der Person desjenigen, welcher der Erbe sein wird, genügen. In Folge dessen kann die Nachlaßpflegschaft erst dann aufgehoben werden, wenn der nunmehr bekannt gewordene Erbe die Erbschaft angenommen hat. Der § 1748 findet also nicht schlechthin Anwendung, wie im § 2060 ausgesprochen wird, sondern nur mit einer gewissen Modifikation. Die Korrektheit verlangt, daß auf diese Abweichung im Gesetze hingewiesen wird.

Eine Modifikation des § 1748 Abs. 2 Satz 2 ist nur für den Fall des § 2059 Abs. 1 erforderlich. Eine Verallgemeinerung des § 2066 wird auch nicht dadurch nothwendig, daß selbst im Falle des § 2059 Abs. 2 der Nachlaßpfleger ein Pfleger desjenigen, welcher der Erbe sein wird, und nicht des Nachlasses ist. Selbstverständlich hat auch der nach dem § 2059 Abs. 2 bestellte Pfleger das Interesse des Nachlasses im Ganzen wahrzunehmen; er darf sich nicht damit begnügen, lediglich für die Befriedigung des betreffenden Gläubigers zu sorgen, ohne Rücksicht darauf, ob der Nachlaß zur Deckung aller Verbindlichkeiten genügt.

Wegen der Haftung desjenigen, welcher die Erbschaft annimmt, für die von dem Nachlaßpfleger eingegangenen Verbindlichkeiten bestimmt der § 2092 Abs. 2 in Verbindung mit den §§ 2113, 2133.

§ 2067.

IV. Oeffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte.

Für den Fall, daß der Erbe unbekannt und binnen einer den Umständen des Falles entsprechenden Frist nicht ermittelt ist, soll das Nachlaßgericht von Amtswegen eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte unter Bestimmung einer Anmeldungsfrist erlassen (Abs. 1)[1].

Selbstverständlich scheidet hier der Fall aus, in welchem der Erbe lediglich deshalb unbekannt ist, weil es sich um die Erbberechtigung einer zur Zeit des Erbfalles bereits empfangenen, aber noch nicht geborenen Person handelt.

Hingegen wird der Fall des § 1974 durch die Vorschrift getroffen und in Ergänzung des § 1974 Abs. 5, welcher bestimmt, der Fiskus könne als Erbe ein Recht nur geltend machen und gegen ihn als Erben könne ein Recht

[1]) Preuß. A. L. R. I, 9 §§ 471—481, 494—498, II, 16 §§ 27 ff., A. G. O. I, 51 §§ 146, 151, Anh. § 390 zu § 146, Ges. v. 24. März 1879 § 24; sächs. G. B. § 2619; lüb. Ges. v. 25. März 1882 §§ 22—25; Mommsen § 531; hess. Entw. Art. 359.

nur geltend gemacht werden, nachdem von dem Nachlaßgerichte festgestellt ist, daß andere Erben nicht vorhanden sind, vorgeschrieben, jene Feststellung sei von einer vorausgegangenen öffentlichen Aufforderung der Erben abhängig.

Voraussetzung.

Das Nachlaßgericht hat mit der öffentlichen Aufforderung als einer immerhin außerordentlichen Maßregel erst vorzugehen, nachdem eine gewisse Frist verstrichen ist, ohne daß Jemand sich gemeldet und sein Erbrecht nachgewiesen hat. Diese Frist im Gesetze festzusetzen (auf drei Monate mit dem preuß. A. L. R. I, 9 § 471, oder auf sechs Monate), wäre nicht rathsam. Die Dauer der Frist bleibt besser dem von der Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles geleiteten Ermessen des Nachlaßgerichtes anheimgestellt, da die Fälle sehr verschieden sein können.

Die Vorschrift setzt nicht mit dem preuß. A. L. R. I, 9 § 471 voraus, daß eine Nachlaßpflegschaft eingeleitet sei. Freilich wird das Nachlaßgericht zumeist zur Einleitung einer solchen Pflegschaft sich veranlaßt finden, schon um ein Organ zu haben für die Ermittelungen, wer der Erbe sein möge. Jedoch sind Fälle denkbar, in welchen die Einleitung einer Nachlaßpflegschaft zwecklos sein und nur zur Häufung der Kosten führen würde. Insbesondere kommt in Betracht, daß vielleicht der Nachlaß sehr geringfügig ist, und daß die Kosten der Nachlaßpflegschaft den Nachlaß zu einem erheblichen Theile, wenn nicht völlig, aufzehren würden. Zu berücksichtigen ist ferner, daß das Nachlaßgericht sich, namentlich dann, wenn die Verhältnisse des Erblassers bekannt sind, sehr wohl in der Lage befinden kann, die erforderlichen Ermittelungen selbst vorzunehmen.

Die Erlassung der öffentlichen Aufforderung von einem Antrage des Nachlaßpflegers abhängig zu machen, würde selbst dann bedenklich sein, wenn eine Nachlaßpflegschaft besteht. Daß das Nachlaßgericht den etwa vorhandenen Nachlaßpfleger hören wird, bevor es zu der Aufforderung schreitet, ist selbstverständlich. Würde aber dem Nachlaßpfleger das ausschließliche Antragsrecht eingeräumt, so könnten sich mißliche Folgen ergeben, insbesondere wenn nach der Ansicht des Nachlaßgerichtes die Voraussetzungen des Aufgebotes vorliegen, der Pfleger aber den Antrag nicht stellen will. Den in einem solchen Falle entstehenden Verwickelungen würde das Nachlaßgericht nur ein Ende machen können, wenn dem Nachlaßpfleger eine Pflichtwidrigkeit zur Last fällt, welche zur Entlassung des Pflegers berechtigt.

Ablehnung eines Ausschlußurtheiles.

Die zu erlassende öffentliche Aufforderung hat den gleichen Zweck wie die im § 2072 bezeichnete öffentliche Aufforderung. Sie bezweckt ebensowenig, wie die letztere, den wirklichen Erben mit seinen Rechten auszuschließen. Deshalb ist die Erlassung eines Ausschlußurtheiles nicht vorgeschrieben. Der wirkliche Erbe soll nicht seines Erbrechtes zu Gunsten des Fiskus dadurch verlustig werden, daß er die Anmeldung unterläßt. Es wird nur ein provisorischer Zustand geschaffen, welcher rückgängig gemacht werden kann.

Bekanntmachung. Anmeldungsfrist.

Wegen der Art der Bekanntmachung und der Dauer der Anmeldungsfrist ist auf die §§ 825—827 der C. P. O. verwiesen (Abs. 2). Daraus ergiebt sich, daß ein förmliches Aufgebotsverfahren nach Maßgabe der §§ 823 ff. C. P. O. nicht stattfindet. Die Verweisung auf die §§ 825—827 ist nur instruktionellen Karakters; sie beruht auf Zweckmäßigkeitsgründen.

Frist zum Nachweise des Erbrechtes.

Demjenigen, welcher vor oder nach Ablauf der Anmeldungsfrist ein Erbrecht in Anspruch nimmt, wird die Pflicht auferlegt, innerhalb dreier Monate nach Ablauf der Anmeldungsfrist dem Nachlaßgerichte nachzuweisen, daß er der Erbe sei, oder daß er sein Erbrecht durch Erhebung der Klage gegen den Fiskus geltend gemacht habe (Abs. 3). Selbstverständlich kann auch der Fiskus die negative Feststellungsklage erheben. Die Klage ist gegen den Fiskus, nicht gegen den Nachlaßpfleger zu erheben, weil der letztere als Vertreter des wirklichen Erben zur Sache nicht legitimirt sein würde (vergl. §§ 2059, 2062 und zum § 2063 S. 545, 547). Sind mehrere Prätendenten aufgetreten, so haben diese außerdem den Streit unter sich zum Austrage zu bringen, sofern sie sich nicht einigen.

Erfolglose Aufforderung.

Bleibt die Aufforderung erfolglos oder ist der vorgeschriebene Nachweis innerhalb der bestimmten Frist nicht erbracht, so soll das Nachlaßgericht von Amtswegen feststellen, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist, und dem Fiskus auf Antrag einen Erbschein ertheilen (Abs. 4). Die Vorschriften beruhen auf Zweckmäßigkeitsgründen. In Ermangelung derselben könnte die Erbschaft nicht ausgeantwortet werden, solange nicht feststeht, wer der Erbe ist, und müßte die etwa eingeleitete Nachlaßpflegschaft fortbestehen. Hierdurch würde der für das Nachlaßgericht und den Pfleger mit Belästigungen und nicht geringer Verantwortlichkeit verbundene Schwebezustand in das Ungemessene verlängert werden können. Dem wirklichen Erben aber wird durch die Vorschriften nicht zu nahe getreten, da er nur zu erleiden hat, daß sein Recht vorläufig unbeachtet bleibt und der Nachlaß dem Fiskus ausgefolgt wird.

Einer besonderen Berücksichtigung bedarf der Fall nicht, daß der Fiskus mit der Sache nichts zu thun haben will, weil er nicht bestreitet, von mehreren als Erben aufgetretenen Personen sei jedenfalls eine Person erbberechtigt. Der Fiskus kann sich durch ein derartiges Nichtbestreiten dem nicht entziehen, daß das Erbrecht ihm gegenüber festgestellt wird.

Wirkung des Urtheiles im Rechtsstreite mit dem Fiskus.

Eine weitere Vorschrift über die Wirkung des in einem Rechtsstreite gegen den Fiskus oder des Fiskus gegen einen als Erben Aufgetretenen ergangenen Urtheiles ist entbehrlich. Allerdings macht auch in einem solchen Falle das ergangene Urtheil nach dem § 191 nur Rechtskraft unter den Parteien ebenso wie die Feststellung des Erbrechtes durch Anerkenntniß seitens der Gegenpartei. Allein das Nachlaßgericht wird in der Regel dem Gewichte des Urtheiles oder Anerkenntnisses sich nicht zu entziehen vermögen und hier wie im Falle des § 2072 berechtigt sein, den Beweis des Erbrechtes durch diesen Vorgang insoweit als erbracht anzusehen, als zur Ertheilung eines Erbscheines an den Fiskus auf dessen Antrag erforderlich ist.

Fünfter Titel.

Erbschein.

Vorbemerkung.

Aufnahme des Institutes.

Die Auffassung, welche den Vorschriften der §§ 2051, 2058 ff. zu entnehmen ist, läßt für die Regel die Einmischung des Gerichtes in die Nachlaßangelegenheiten nicht nothwendig und nicht zweckmäßig erscheinen[1]).

Dagegen ist im Interesse des Verkehres erforderlich, dem Erben die Befugniß einzuräumen, in gewissen Fällen die Ausstellung einer Urkunde zu begehren, durch welche festgestellt wird, daß er sich als Erbe ausgewiesen habe. Dies Interesse tritt besonders hervor in Ansehung der von dem Entwurfe erforderten oder vorausgesetzten Einrichtung von Grundbüchern, falls Grundstücke oder Rechte an solchen zum Nachlasse gehören, ferner in Ansehung derjenigen etwa zum Nachlasse gehörenden Rechte, über welche zum Zwecke der Eintragung von Veränderungen in der Person des Berechtigten bei Behörden ein Buch oder Register geführt wird (Staatsschuldbücher, Handelsregister u. s. w.), endlich in Ansehung solcher zum Nachlasse gehörender Gegenstände, welche sich in der Verwahrung einer Behörde (Reichsbank, Hinterlegungsstellen, u. s. w.) befinden. Soll der erstrebte Zweck erreicht werden, so muß das Gesetz auch bestimmen, welche Bedeutung einer solchen Urkunde, von dem Entwurfe „Erbschein" genannt, beizulegen ist.

Entsprechende Vorschriften finden sich in einer größeren Zahl der Deutschen Rechte, so im preuß. Ges. v. 12. März 1869, welches für den ganzen Umfang des Staates gilt, ausgedehnt auf Waldeck-Pyrmont durch Ges. v. 26. Januar 1881, in der Verordn. für das mecklenb. Fürstenthum Ratzeburg v. 29. März 1834 und den mecklenb. Verordnungen v. 25. Mai 1857 und 30. Mai 1857, in dem lüb. Ges. v. 21. September 1863, betr. die Nächstzeugnisse, jetzt ersetzt durch Ges. v. 25. März 1882, im hamb. Ges. v. 21. Dezember 1868 §§ 25 ff., in dem brem. Ges. v. 11. Juli 1877, im oldenb. Ges. v. 3. April 1876, im braunschw. Ges. v. 8. März 1878, in dem schaumb.lipp. Ges. v. 30. Januar 1884, im elf.lothr. Ges. v. 10. Mai 1886, im schwarzb.sondersh. Ges. v. 23. Januar 1888 und im bad. Ges. v. 24. März 1888. Aehnliche Vorschriften

[1]) Vergl. hingegen, außer dem österr. Rechte, bayr. L. R. III, 1 § 6 Nr. 6, §§ 17, 18 in Verbindung mit einer Verordn. vom 30. Oktober 1767; württemb. Recht bei Stein §§ 289, 290; Roth § 384 Anm. 21—26; Stobbe § 281 Anm. 26 ff.; andererseits Roth § 384 a. E. wegen des gemeinen Rechtes; Dernburg § 213, Eccius § 267 für preuß. A. L. R.; sächs. G. B. §§ 2247, 2349; code civil Art. 819; Mommsen § 215 (dessen Mot. S. 281, 282); hess. Entw. Art. 240 ff.; u. A.

enthalten bereits die sächs. Verordn. vom 9. Januar 1865 im § 19 und die meisten thüring. Rechte sowie der hess. Entw. Art. 245—247.

Ablehnung der Ausdehnung auf eingesetzte Erben.

Die beiden mecklenb. Gesetze und das hamb. Ges. sowie der hess. Entw. dehnen das Institut aus auf eingesetzte Erben. Alle übrigen bezeichneten Gesetze halten daran fest, daß, abgesehen von besonderen Ausnahmen für gewisse Fälle (vergl. §§ 2078, 2079), die Beurkundung der Eigenschaft einer Person als Erbe dem Nachlaßgerichte in der Regel nicht zu überlassen sei, wenn der angebliche Erbe sein Recht auf eine Erbeinsetzung gegründet. Diesen ist der Entwurf gefolgt. Die Beurkundung des Erbrechtes durch das Nachlaßgericht ohne Aufgebotsverfahren ist an sich anomaler Natur. Wenn auch nicht zu verkennen ist, daß das Institut ein nützliches ist, so darf dasselbe doch nicht allgemein auch in den Fällen zur Anwendung gebracht werden, in welchen der Erbe sein Erbrecht auf eine Verfügung von Todeswegen gründet. In einem solchen Falle besteht in der Regel kein Bedürfniß für die Ausstellung eines Erbberechtigungsscheines (Erbscheines) im Sinne des Entwurfes. Die urkundliche Verfügung von Todeswegen enthält selbst bereits das Erforderliche. Würde dem Nachlaßgerichte auch in allen solchen Fällen die Befugniß, einen Erbschein auszustellen, beigelegt, so würde ihm damit die Auslegung der Verfügung von Todeswegen und eine Art provisorischer Entscheidung über das darauf zu gründende Erbrecht für alle Fälle übertragen mit weitgreifenden, das materielle Recht möglicherweise schwer beeinträchtigenden Wirkungen. Eine derartige Befugniß würde nicht zu unterschätzende Gefahren mit sich bringen. Die Vorlegung des Testamentes und des im § 2078 Abs. 1 zugelassenen Zeugnisses werden allen etwa bestehenden Bedürfnissen gerecht werden.

§ 2068.

I. Voraussetzung und Inhalt des Erbscheines.

Die Vorschrift bringt die in der Vorbemerkung erörterten Gedanken zum Ausdrucke, insbesondere den, daß nur dem gesetzlichen Erben auf seinen Antrag ein Zeugniß darüber zu ertheilen ist, daß und in welchem Umfange er auf Grund der gesetzlichen Erbfolge Erbe sei. Jede Hinweisung auf die Voraussetzungen für die Ertheilung des Erbscheines in Ansehung des Beweises ist unterblieben, um nicht das Mißverständniß hervorzurufen, die Wirksamkeit des Erbscheines hänge davon ab, daß diesen Voraussetzungen genügt sei.

Umfang des Erbrechtes.

Soll der Erbschein seinen Zweck erfüllen, so muß in demselben auch der Umfang des Erbrechtes des Antragstellers angegeben werden.

Antragsberechtigter.

Als antragsberechtigt wird der gesetzliche Erbe bezeichnet. Nur dem Antragsteller ist ein Zeugniß zu ertheilen, daß er und in welchem Umfange er Erbe sei. Nach der Praxis des preuß. Rechtes wird, abweichend hiervon und wohl in Rücksicht auf die Auffassung des preuß. A. L. R. von der Erbengemeinschaft (vergl. zum § 2051 S. 527), auf Antrag eines Miterben ein Zeugniß ausgestellt, welches der übrigen Miterben gedenkt. Gegen diese Praxis wendet sich der Entwurf. — Andere Personen können die Ertheilung eines Erbscheines nicht beantragen, insbesondere nicht, um sich den Beweis der Passivlegitimation für Ansprüche, welche gegen den Erben erhoben werden sollen,

zu sichern[1]). Die Befugniß solcher Personen, sich eine Abschrift oder eine beglaubigte Abschrift des Erbscheines ertheilen zu lassen, wird dadurch nicht berührt.

Erforderniß eines bestimmten Erbtheiles.

In Ansehung eines Erbtheiles ist der Erbschein nur zu ertheilen, wenn der Erbtheil bestimmt ist. Da der Umfang des Erbrechtes in dem Erbscheine anzugeben ist, so versteht sich von selbst, daß, wenn der Erbtheil noch ungewiß ist, z. B. weil die Geburt einer zur Zeit des Erbfalles bereits empfangenen erbberechtigten Person zu erwarten ist, das Nachlaßgericht nicht in der Lage ist, für einen Miterben, dessen Antheil durch die Geburt einer solchen Person beeinflußt wird, einen Erbschein auszustellen. In diesem Falle würde der Erbschein über den Umfang des Erbrechtes keine Auskunft geben oder sich wenigstens nachträglich als unrichtig herausstellen können.

Zuständigkeit.

Daß dem Nachlaßgerichte übertragen wird, das Zeugniß auszustellen, entspricht nicht nur fast allen in der Vorbemerkung erwähnten Gesetzen, sondern erscheint auch insofern angemessen, als das Nachlaßgericht in der Regel von letztwilligen Verfügungen und den auf die Erbschaft sich beziehenden Erklärungen Kenntniß haben wird (vergl. §§ 1938, 2032).

§ 2069.

II. Angaben des Antragstellers.

Unter sechs Nummern werden als Erfordernisse des Antrages aufgestellt die näher bezeichneten Angaben des Antragstellers, im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit den in der Vorbemerkung angeführten Gesetzen[2]).

Tod des Erblassers;

Zu Nr. 1. Die Angabe der Zeit, in welcher der Tod des Erblassers erfolgt ist, ist nur insoweit erforderlich, als die Todeszeit für das behauptete Erbrecht von Bedeutung ist. Mit dem Zwecke der Ermittelungen des Nachlaßgerichtes würde es nicht im Einklange stehen, wenn stets der strengere kalendermäßige Zeitpunkt angegeben werden müßte. Wenn inzwischen Veränderungen, welche auf die Erbfolge von Einfluß sind, sich nicht zugetragen haben, wird mitunter eine nach gewissen Zeitgrenzen bestimmte Angabe genügen.

das Erbrecht begründendes Verhältniß;

Zu Nr. 2. Erfordert wird die Angabe des Verhältnisses, durch welches das Erbrecht des Antragstellers begründet wird. In der Regel wird es sich um ein Verwandtschaftsverhältniß handeln; jedoch würde die Angabe des „Verwandtschaftsverhältnisses“ nicht verlangt werden können, weil das Erbrecht des Ehegatten zu berücksichtigen ist. Gemeint sind die thatsächlichen Behauptungen, welche nach den Umständen des Falles dazu führen, ein gesetzliches Erbrecht des Antragstellers anzunehmen.

Vorhandensein von Personen, welche das Erbrecht ausschließen oder mindern;

Zu Nr. 3 und 4. Für die Angaben, ob und welche Personen vorhanden sind oder vorhanden waren, durch welche das Erbrecht des Antragstellers ausgeschlossen oder gemindert werden würde und betreffendenfalls in welcher Weise solche Personen weggefallen sind, kommen alle diejenigen Personen in Betracht, welche als Erben berufen sein würden, wenn sie nicht verstorben wären oder als vor dem Erbfalle gestorben zu gelten hätten, weil sie die Erbschaft ausgeschlagen haben, oder durch Verzichtvertrag oder Erbunwürdigkeitserklärung weggefallen

[1]) Vergl. Dernburg § 228 Anm. 4.

[2]) Vergl. das fast wörtlich übereinstimmende bad. Ges. v. 24. März 1888 § 2.

sind (§ 1972). Der besondere Grund des Wegfalles ist anzugeben. Nur auf dem bezeichneten Wege läßt sich ermitteln, ob nicht konkurrirende oder besser Berechtigte vorhanden sind. Geprüft werden soll, ob der Wegfall als erfolgt anzuerkennen ist. Von Bedeutung kann in dieser Hinsicht auch der § 1755 Abs. 2 werden, nach welchem der Erblasser befugt ist, dahin letztwillig zu verfügen, daß er nur eine bestimmte Person von der gesetzlichen Erbfolge ausschließt.

Verfügungen von Todeswegen; Zu Nr. 5 und 6. Jede Verfügung von Todeswegen seitens des Erblassers ist anzugeben und zu beschaffen, da das Nachlaßgericht zu prüfen hat, ob darin eine Erbeinsetzung enthalten ist. Zumeist werden solche Verfügungen dem Nachlaßgerichte schon bekannt sein (§ 1938). anhängiger Rechtsstreit. Die Angabe, ob ein Rechtsstreit über das Erbrecht anhängig sei, kann nur eine verneinende sein, wenn dem Antrage stattgegeben werden soll (vergl. § 2071 Abs. 2).

Nicht besonders bestimmt ist, wie das Nachlaßgericht sich zu verhalten habe, wenn Zweifel sich erheben, ob eine Verfügung gültig oder unwirksam sei oder ob sie eine Erbeinsetzung enthalte. Nach dem § 2071 Abs. 1 Satz 1 ist der Erbschein nur zu ertheilen, wenn erhebliche Zweifel in Ansehung des behaupteten Erbrechtes nicht obwalten. Dieser Grundsatz wird genügen.

§ 2070.

III. Beweismittel. Die im § 2069 unter Nr. 1, 2, 4 erwähnten Thatsachen sind von dem Antragsteller nachzuweisen, und zwar regelmäßig, in Rücksicht auf die positive Natur und die eingreifenden Wirkungen des Erbscheines, durch öffentliche Urkunden, soweit nicht die betreffenden Thatsachen dem Nachlaßgerichte offenkundig sind (Abs. 1)[1]. (Wegen des Ausdruckes „offenkundig" vergl. C. P. O. § 264).

Entsprechend der Mehrzahl der in der Vorbemerkung bezeichneten Gesetze wird beigefügt, daß, wenn solche Urkunden nicht oder nur mit besonderen Schwierigkeiten zu beschaffen sind, andere Beweismittel anzugeben seien.

Beweislast. Die Regelung der Beweislast entspricht den Grundsätzen der §§ 193, 194. Die bezeichneten Thatsachen sind solche, über welche in der Regel eine amtliche Kunde besteht, sodaß die zuständige Behörde in der Lage ist, eine die Thatsachen nach den §§ 380, 382, 383 der C. P. O. beweisende öffentliche Urkunde auszustellen. Möglich ist es jedoch, daß im einzelnen Falle die Thatsache (z. B. die Geburt oder der Tod eines Menschen) nicht zur gehörigen amtlichen Kunde einer Behörde gelangt ist, oder daß eine öffentliche Urkunde nur mit besonderen Schwierigkeiten erlangt werden kann. Wenn nun auch im Allgemeinen, insbesondere mit Rücksicht darauf, daß der Beweis dem Nachlaßgerichte zu führen ist, ohne daß die möglicherweise vorhandenen sonstigen Erbprätendenten gehört werden, die Vorlegung öffentlicher Urkunden verlangt werden muß und der Antragsteller zur Herbeischaffung solcher Urkunden anzuhalten ist, so würde doch das Institut des Erbscheines seinen praktischen Nutzen zum Theil einbüßen, wenn schlechthin auf dem Beweise durch öffentliche Urkunden bestanden würde. Es handelt sich nicht darum, den vollen Beweis des Erbrechtes mit Wirkung für alle Personen zu führen, sondern es muß

---

[1] Bad. Ges. v. 1888 § 3 Abs. 2.

genügen, wenn eine auf sorgfältiger Nachforschung beruhende Ueberzeugung des Nachlaßgerichtes darüber herbeigeführt ist, daß und in welchem Umfange der Antragsteller Erbe ist. Deshalb ist zugelassen, daß der Antragsteller in den erwähnten besonderen Fällen auf andere Erkenntnißquellen verweist.

Ausschlagung.

Daß eine dem Nachlaßgerichte in Gemäßheit des § 2032 in öffentlich beglaubigter Form erklärte Ausschlagung als eine bei dem Nachlaßgerichte offenkundige Thatsache zu betrachten ist, versteht sich von selbst. Soweit eine solche Ausschlagung darzuthun ist, bedarf es mithin der Beibringung einer öffentlichen Urkunde nicht.

Beweis der Offenkundigkeit.

Des Beweises der Offenkundigkeit einer Thatsache durch Zeugen besonders zu gedenken (preuß. Ges. v. 1869 § 3; elf. lothr. Ges. § 2, u. s. w.), besteht kein Anlaß. Ein solcher Beweis läuft auf einen an sich nicht ausgeschlossenen Indizienbeweis hinaus.

Todeserklärung.

Auch hier ist die Todeserklärung nicht ausdrücklich erwähnt (vergl. § 1749). Die gewöhnliche Beweiswirkung der Todeserklärung (§ 21 verbunden mit § 198) erscheint genügend.

Eidesstattliche Versicherung.

Der Nachweis dieser Thatsachen kann nach der Natur der Dinge noch keinen sicheren Anhalt für die Ertheilung des Erbscheines gewähren. Dazu genügt auch nicht die im § 2071 dem Nachlaßgerichte beigelegte Befugniß, von Amtswegen Ermittelungen vorzunehmen, für welche es oft an einer geeigneten Grundlage fehlen wird, z. B. wenn es sich um die meist vorhandene Möglichkeit handelt, ob nicht der Erblasser letztwillig verfügt habe. Auf der anderen Seite kann dem Antragsteller, weil es sich um negative Thatsachen handelt, eine weitere Beweisführung nicht zugemuthet werden. Zur Abhülfe dient die im zweiten Absatze des § 2070 vorgeschriebene eidesstattliche Versicherung des Antragstellers in Ansehung der im § 2069 unter Nr. 3, 5, 6 bezeichneten Angaben[1]). Die eidesstattliche Versicherung in Ansehung des Nichtvorhandenseins letztwilliger Verfügungen steht in vollem Einklange mit dem § 2069 Nr. 5.

Erlaß der Versicherung.

Daß die eidesstattliche Versicherung unter besonderen Umständen vom Nachlaßgerichte erlassen werden kann (Schlußsatz), ist aus Gründen der Zweckmäßigkeit hinzugefügt. Solche besonderen Umstände liegen z. B. vor, wenn der Erblasser das unmündige Kind seiner noch lebenden Eltern war, oder wenn die eidesstattliche Versicherung bereits von Miterben abgegeben ist. Regelmäßig ist also die eidesstattliche Versicherung erforderlich; nur ist eine Dispensation zugelassen (vergl. § 829 Abs. 2 C. P. O.; § 1103 Abs. 2 Nr. 2). Die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung vor Gericht oder Notar führt nach dem § 156 des Str. G. B. die strafrechtliche Garantie für die Richtigkeit der Versicherung herbei.

Da die Bestimmung der Grenzen für die Funktionen der Gerichte und der Notare in Sachen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit den Landesgesetzen überlassen bleibt, kann nach diesen Gesetzen die Versicherung stets vor Gericht oder vor einem Notare abzugeben sein.

---

[1]) Bad. Ges. v. 1888 § 3 Abs. 3.

Nach Lage des Falles kann das Nachlaßgericht eine mehr oder weniger konkrete Ableugnung von Thatsachen, welche dem Rechte des Antragstellers entgegenstehen würden, fordern. Es bedarf jedoch keiner Vorschrift, daß das Gericht die Versicherung den thatsächlichen Verhältnissen anpassen kann. Dies erhellt zur Genüge daraus, daß es nach dem § 2071 auf die Ueberzeugung des Gerichtes von dem Erbrechte des Antragstellers ankommt.

§ 2071.

IV. Ergebniß der Ermittelungen.

Die Ertheilung des Erbscheines soll nur erfolgen, wenn das Nachlaßgericht von dem Erbrechte des Antragstellers überzeugt ist (Abs. 1 Satz 1). Zugleich gelangt die Offizialmaxime zum Ausdrucke (Satz 2). Die Fassung ist gewählt im Anschlusse an den § 13. Die in der Vorbemerkung bezeichneten Gesetze, z. B. preuß. Ges. § 5, els. lothr. Ges. § 4, bad. Ges. § 5, schwarzb. Ges. § 4, u. s. w., stimmen im Wesentlichen hiermit überein.

Anhängiger Rechtsstreit.

Ist ein Rechtsstreit über das Erbrecht anhängig, so kann es nicht dem Befinden des Nachlaßgerichtes überlassen werden, während des Prozesses den Zwischenzustand zu Gunsten der einen Partei zu ordnen[1]). Vielmehr liegt es dem Prozeßgerichte ob, im Wege der einstweiligen Verfügung das etwa Erforderliche zu bestimmen. Diese Erwägungen rechtfertigen die Vorschrift des zweiten Absatzes. Gleichgültig ist, ob der Rechtsstreit sich auf die Feststellung des Erbrechtes beschränkt oder ob Ansprüche auf Herausgabe der Erbschaft, welche aus dem festzustellenden Erbrechte hergeleitet werden, geltend gemacht sind. Betrifft der Rechtsstreit nur eine einzelne Voraussetzung des Erbrechtes, ist z. B. eine Statusklage oder eine Anfechtungsklage, welche gegen eine Todeserklärung sich richtet, erhoben (vergl. § 22 in Verbindung mit dem § 834 C. P. O. und die §§ 1474, 1632 des Entwurfes), so wird nach den Umständen des Falles zu entscheiden sein. Eine besondere Vorschrift erscheint nicht geboten. Wie von dem geltenden Rechte, so kann auch von dem Entwurfe die Entscheidung dieser Fälle der Praxis und Wissenschaft überlassen bleiben.

§ 2072.

V. Oeffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Erbrechte.

In Uebereinstimmung mit den in der Vorbemerkung erwähnten Gesetzen (vergl. preuß. Ges. v. 1869 § 3 letzter Abs., § 4; els. lothr. Ges. § 2 letzter Abs., § 3; bad. Ges. § 4; schwarzb. sondersh. Ges. § 3; u. s. w.) wird dem Nachlaßgerichte die Befugniß beigelegt, vor Ertheilung des Erbscheines eine öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der anderen Personen als dem Antragsteller zustehenden Erbrechte unter Bestimmung einer Anmeldungsfrist nach Maßgabe des § 2067 Abs. 1, 2 zu erlassen.

Da von dem Nachlaßgerichte eine Entscheidung über das wirkliche Erbrecht auch hier nicht zu treffen ist, so ist für ein von diesem Gerichte einzuleitendes Aufgebotsverfahren unter Androhung von Rechtsnachtheilen und mit einem das Erbrecht treffenden Ausschlußurtheile kein Raum. Dagegen bietet

---

[1]) Bad. Ges. § 5 Abs. 3.

die öffentliche Aufforderung etwaiger Erbprätendenten zur Anmeldung ihrer Rechte ein geeignetes Mittel, die Ueberzeugung des Nachlaßgerichtes von dem Erbrechte des Antragstellers zu befestigen. Dieses Mittel wird dem Nachlaßgerichte für die demselben geeignet erscheinenden Fälle zu Gebote gestellt. Die öffentliche Bekanntmachung dient nur dem Zwecke der Ermittelung des wirklichen Rechtszustandes. In ähnlicher Weise bedient sich der Entwurf zu einem gleichen Zwecke des Aufgebotes bei dem Funde (§ 910 Abs. 3, § 918).

In Ansehung der Frage, ob ein Erbschein zu ertheilen sei, bleiben selbstverständlich die Ansprüche derjenigen unberücksichtigt, welche sich auf die öffentliche Aufforderung nicht gemeldet haben, und dies selbst dann, wenn aus der Legitimation der als Erben Aufgetretenen sich ergiebt, daß solche Personen vorhanden gewesen sein müssen und daß sie dem als Erben Aufgetretenen im Erbrechte vorgegangen sein würden. Die öffentliche Aufforderung hat unverkennbar den Zweck, den Kreis der in Betracht kommenden Erbprätendenten vorläufig zu begrenzen und die Ertheilung des Erbscheines auf Grund dieser Begrenzung zu ermöglichen.

Nachlaßpflegschaft.

Daß ein Erbschein nicht zu ertheilen sei, solange eine Nachlaßpflegschaft besteht, ist nicht bestimmt. Es unterliegt keinem Zweifel, daß das Nachlaßgericht einen Erbschein nicht ertheilen wird, bevor die Nachlaßpflegschaft aufgehoben oder in der Aufhebung begriffen ist. Liegt der letztere Fall vor, so fehlt es an genügendem Anlasse, die Ausstellung eines Erbscheines schlechthin zu verbieten.

§ 2073.

VI. Verhältniß nach Ertheilung des Erbscheines.

Die Ertheilung des Erbscheines soll dem Empfänger nicht eine festerworbene Rechtsstellung verschaffen. Vielmehr soll der Erbschein wesentlich dazu dienen, dritten Personen, für welche die Legitimation des Empfängers von Interesse ist, die Prüfung des Erbrechtes des Empfängers zu ersparen. Der gute Glaube dieser Dritten (§§ 2076, 2077) hat seine Grundlage in den Ermittelungen des Nachlaßgerichtes und in der aus diesen Ermittelungen gewonnenen Ueberzeugung des Gerichtes. Diese Grundlage kann noch nach Ertheilung des Erbscheines erschüttert werden. Das Interesse der Rechtssicherheit erfordert, daß auch dann noch das Gericht von Amtswegen einschreiten und die Fortdauer der Wirksamkeit des nach seiner Ueberzeugung der wirklichen Sachlage nicht mehr entsprechenden Erbscheines beseitigen kann. Dementsprechend bestimmt der § 2073. Hat sich das Nachlaßgericht von der Unrichtigkeit des Erbscheines überzeugt, so hat es von Amtswegen den Erbschein einzuziehen und denselben, wenn er nicht sofort erlangt werden kann, durch Beschluß für kraftlos zu erklären. Darüber, wie der Beschluß bekannt zu machen, und von wann ab die Kraftloserklärung wirksam wird, bestimmt der § 2073 unter Uebertragung der Vorschriften des § 121 Abs. 3. Aus Zweckmäßigkeitsrücksichten soll der Versuch der Einziehung dem Kraftloserklärungsverfahren vorausgehen, da hierdurch in vielen Fällen das Ziel auf einfachere Weise erreicht werden wird. Daß der instruktionell vorgeschriebene Versuch der Einziehung unterbleiben kann, wenn er voraussichtlich einen Erfolg nicht

Einziehung des Erbscheines.

Kraftloserklärung.

erreichen wird, ist selbstverständlich. Ebenso, daß das Kraftloserklärungsverfahren nicht einzutreten hat, wenn inzwischen die Rückgabe des Erbscheines erfolgt ist.

§ 2074.

VII. Ertheilung eines unrichtigen Erbscheines. Herausgabeanspruch.

Zu dem Ergebnisse, daß dem wirklichen Erben gegen jeden Inhaber eines unrichtigen Erbscheines der Anspruch auf Herausgabe des Erbscheines an das Nachlaßgericht zustehen müsse (Abs. 1), ließe sich vielleicht ohne jede Vorschrift gelangen, indem geltend gemacht würde: In dem Erbrechte liege, wie in jedem absoluten Rechte, der Anspruch auf Herstellung des dem Inhalte des Rechtes entsprechenden thatsächlichen Zustandes. Dieser Anspruch gehe im vorliegenden Falle dahin, daß der unrichtige Erbschein, in wessen Händen er sich auch befinde, zur Kassirung an das Nachlaßgericht gelange. Aehnlich verhalte es sich mit dem Anspruche auf Berichtigung des der wahren Sachlage nicht entsprechenden Grundbuches (§ 843). Allein jedenfalls würde in Ermangelung einer Vorschrift leicht verkannt werden, daß ein solcher Anspruch besteht. Daher erscheint die Aufnahme der Vorschrift räthlich.

Der Anspruch wird keineswegs entbehrlich dadurch, daß dem Nachlaßgerichte die Einziehungsbefugniß im § 2073 beigelegt ist. Denn, wenn das Einziehungsrecht auch am schnellsten zum Ziele führt und mit allen dem Nachlaßgerichte als Justizbehörde zu Gebote stehenden Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann, so hängt doch die Einziehung von dem Ermessen und der Ueberzeugung des Nachlaßgerichtes ab. Für den wirklichen Erben ist es daher wichtig, daß ihm auch ein selbständiges Vorgehen gegen den Inhaber des Erbscheines gestattet wird.

Auskunftspflicht des Empfängers eines unrichtigen Erbscheines.

Demjenigen, welchem der unrichtige Erbschein ertheilt ist, wird die Verpflichtung auferlegt, dem wirklichen Erben über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände und über deren Verbleib Auskunft zu ertheilen (Abs. 2). Der Inhaber eines unrichtigen Erbscheines ist daher in Gemäßheit des § 777 auch manifestationspflichtig. Die im § 2082 in Ansehung des Erbschaftsbesitzers bestimmte Auskunftspflicht muß denjenigen, welcher, ohne Erbschaftsbesitzer zu sein, dem Rechte des Erben zuwider, einen Erbschein sich hat ausstellen lassen, ebenfalls treffen. Der ertheilte Erbschein versetzt den Inhaber in die Lage, über die Erbschaft mit Wirkung gegen den Erben verfügen zu können (vergl. § 2077); er muß sich deshalb darüber ausweisen, daß er einen solchen dem Erben nachtheiligen Gebrauch von dem Erbscheine nicht gemacht hat. Die Auskunftspflicht bildet ein Gegengewicht gegen das den Erben unter Umständen schwer treffende Institut des Erbscheines.

Ertheilung eines neuen Erbscheines.

Durch die Vorschrift, daß dem wirklichen Erben ein neuer Erbschein erst ertheilt werden soll, nachdem der früher ertheilte unrichtige Erbschein zurückgeliefert oder für kraftlos erklärt ist (Abs. 3), soll verhindert werden, daß mehrere mit einander im Widerspruche stehende Erbscheine sich eine Zeit lang im Verkehre befinden, von denen ein wirksamer und mit der Gefahr der Herbeiführung von Rechtskonflikten verbundener Gebrauch gemacht werden kann. Selbst wenn in dem später ertheilten Erbscheine der Thatsache gedacht wird,

daß der erste Erbschein zurückgefordert ist, wird diese Gefahr nicht in ausreichendem Maße verringert. Die Vorschrift ist übrigens nur instruktioneller Natur. Ungültigkeit des der Vorschrift entgegen ertheilten Erbscheines ist nicht vorgeschrieben.

Gesammtinhalt des Erbscheines.

Eine instruktionelle Vorschrift über den Gesammtinhalt des Erbscheines[1]) ist entbehrlich. Das nach dem § 2068 zu ertheilende Zeugniß geht positiv dahin, daß und in welchem Umfange eine Person auf Grund der gesetzlichen Erbfolge der Erbe eines Erblassers ist. Daraus ergiebt sich, daß das Nachlaßgericht das Erbrecht, über welches ein Zeugniß ausgestellt wird, genau zu bezeichnen hat. Dagegen hat das Nachlaßgericht über die Gründe, aus welchen es zu der erforderlichen Ueberzeugung gelangt ist, in dem Zeugnisse keine Rechenschaft zu geben, vielmehr nur das Endergebniß seiner Ermittelungen anzugeben. Nicht erforderlich ist also, zu bezeugen, daß Gegengründe gegen die Ertheilung des Zeugnisses nicht vorhanden seien. Ein negatives Zeugniß, dem Gerichte sei nicht bekannt, daß ein Rechtsstreit anhängig sei, oder dem Nachlaßgerichte sei von dem Vorhandensein anderer Berechtigter nichts bekannt geworden, würde dem Zwecke nicht genügen.

Daß es nothwendig ist, die Zeit des Erbfalles anzugeben, wird nicht verkannt werden. Diese Angabe ist schon deshalb erforderlich, um den Erblasser und damit die Erbschaft sowie den Beginn des Rechtes des Erben zu bezeichnen.

Bezeichnung einer etwa vorliegenden Verfügung des Erblassers.

Mit dem preuß. Ges. v. 1869 § 5 Abs. 2, dem els. lothr. Ges. § 4 Abs. 2, dem schwarzb. sondersh. Ges. v. 1888 § 4 Abs. 2, u. A., vorzuschreiben, es sei eine etwa vorliegende Verfügung des Erblassers von Todeswegen in dem Erbscheine deutlich zu bezeichnen, ist entbehrlich. Vorausgesetzt wird (vergl. S. 558), daß die etwa vorhandene Verfügung nach der Ueberzeugung des Nachlaßgerichtes das gesetzliche Erbrecht des Antragstellers nicht in Zweifel stellt. Die Aufnahme einer Vorschrift des bezeichneten Inhaltes könnte das Mißverständniß hervorrufen, dem Dritten, welcher mit dem durch den Erbschein als Erbe Bezeichneten sich einläßt, werde immer noch eine Prüfung der erwähnten Verfügung auf eigene Gefahr zugemuthet. Eine solche Zumuthung widerspricht aber dem Zwecke des Erbscheines. Durch den Erbschein soll dem Dritten die Prüfung der Richtigkeit des ertheilten Zeugnisses und die Gefahr einer unrichtigen Beurtheilung des Sachverhältnisses erspart werden, soweit nicht die Voraussetzungen des § 2077 Abs. 2 vorliegen. Die Vorschrift jener Gesetze erklärt sich wohl aus der Rücksicht auf das von dem Entwurfe nicht anerkannte Vindikationslegat (vergl. S. 133 ff.).

§ 2075.

VIII. Erbschein für den Vorerben u. s. w.

Der § 2075 beruht auf der dem § 2068 zu entnehmenden Voraussetzung, daß der Erbe, welchem ein Erbschein zu ertheilen ist, auf Grund der gesetzlichen Erbfolge Erbe ist. Ein dem gesetzlichen Erben als Vorerben zu

---

[1]) Bad. Ges. v. 1888 § 6.

ertheilender Erbschein (vergl. § 1808) wird nur dem Vorerben, nicht zugleich dem Nacherben ausgestellt. Der Erbschein wird jedoch, auch soweit er auf die Nacherbfolge sich bezieht, für die Legitimation des Vorerben dann von erheblicher Bedeutung, wenn der Vorerbe über einen Nachlaßgegenstand mit der erforderlichen Einwilligung oder Genehmigung des Nacherben zu verfügen veranlaßt ist (vergl. §§ 1825 ff., § 1828 Abs. 2, 3). In einem solchen Erbscheine ist anzugeben, unter welchen Voraussetzungen die Nacherbfolge eintritt und wer der Nacherbe ist (Abs. 1). Eine Hinweisung auf die Verfügung von Todeswegen, welche die Nacherbfolge anordnet, würde im Interesse des Vorerben nicht ausreichen, aber auch aus dem S. 565 geltend gemachten Grunde nicht rathsam sein (vergl. österr. Ges. v. 9. August 1854 § 174 Nr. 3).

Ernennung eines Testamentsvollstreckers.

Nach dem § 1889 kann ein Testamentsvollstrecker auch dann ernannt werden, wenn der Erblasser es bei der gesetzlichen Erbfolge ganz oder zum Theil belassen hat. Nach den §§ 1897—1901 hat die Ernennung eines Vollstreckers eine dinglich wirkende Beschränkung des Erben zur Folge, soweit nicht der Erblasser anders bestimmt hat (§ 1905). Dem Zwecke des Erbscheines entspricht es daher, daß der Erbschein Dritten, welche auf Grund desselben mit dem Erben sich einlassen, ähnlich wie das Grundbuch, eine Gewähr dafür biete, daß solche aus einer Verfügung von Todeswegen herzuleitende Beschränkungen nicht vorhanden sind, falls sie aus dem Erbscheine nicht ersichtlich sind. Deshalb ist bestimmt, wenn von dem Erblasser ein Testamentsvollstrecker ernannt ist, sei die Ernennung im Erbscheine anzugeben (Abs. 2).

Vorzuschreiben, es sei auch die Person des Vollstreckers in dem Erbscheine anzugeben, ist nicht für angemessen erachtet, theils weil in der Person des Vollstreckers ein Wechsel eintreten kann (§§ 1890, 1893), theils weil der Vollstrecker nicht alle ihm nach dem Gesetze zustehenden Befugnisse hat, sofern der Erblasser anders bestimmt hat (§ 1905). In vielen Fällen kann es zudem zweifelhaft sein, ob und inwieweit der Erblasser die dem Vollstrecker nach dem Gesetze zustehenden Befugnisse beschränken wollte. In der Angabe, daß ein Testamentsvollstrecker ernannt sei, liegt ein deutlicher Hinweis, daß die weitere Auskunft, wie weit die Befugnisse des Vollstreckers reichen, der letztwilligen Verfügung zu entnehmen ist.

Nacherbe.

In Ansehung des Nacherben macht der Entwurf keine Ausnahme dahin, daß diesem ein Zeugniß schon vor dem Anfalle ertheilt werden könne. Vor dem Eintritte der Nacherbfolge bedarf der Nacherbe eines solchen Zeugnisses nicht, weil er bis zum Eintritte des Falles der Nacherbfolge sein Recht nur gegenüber dem Vorerben geltend machen kann. Gegenüber dritten Personen ist eine Klarstellung seines Rechtes in seinem Interesse nicht erforderlich (vergl. §§ 1815 ff.).

Anspruch des Nacherben 2c. auf Herausgabe.

Der im § 2074 Abs. 1 bezeichnete Anspruch auf Herausgabe eines unrichtigen Erbscheines wird auch dem Nacherben sowie dem Testamentsvollstrecker gewährt (Abs. 3). Die Aufnahme der Vorschrift ist geboten, weil die Bezeichneten in ähnlicher Weise durch Ertheilung eines unrichtigen Erbscheines benachtheiligt werden können, wie der wirkliche Erbe durch den Erbschein, in welchem ein Anderer als Erbe anerkannt ist. Ohne die Vorschrift möchte ein solcher Anspruch nicht zugestanden werden.

§ 2076.

IX. Wirkungen des Erbscheines.

1. Vermuthung für die Richtigkeit.

Soll der Erbschein seinen Zweck erfüllen, so muß demselben Beweiskraft gegen jeden Dritten beigelegt werden. Indessen würde es zu weit gehen, dem Erbscheine schlechthin, gleich einer öffentlichen Urkunde im Sinne der §§ 380, 382 C. P. O., die Kraft vollen Beweises ebenso zu gewähren, wie wenn das Zeugniß auf eigener Wahrnehmung der Behörde beruhte, oder eine eigene amtliche Verfügung des Nachlaßgerichtes enthielte. Dies zu bestimmen, würde nach dem § 383 Abs. 3 der C. P. O. zulässig sein; es wäre aber dazu eine ausdrückliche Vorschrift erforderlich. Enthielte das Gesetz eine solche Vorschrift, so würde selbst dann nach dem § 383 Abs. 2 der C. P. O. ein Gegenbeweis zwar nicht ausgeschlossen sein; indessen würde der Gegenbeweis durch Eideszuschiebung nach dem § 411 der C. P. O. unzulässig sein oder mindestens seine Zulässigkeit erheblichen Zweifeln unterliegen, möchte auch die Eideszuschiebung sonst nach dem § 410 C. P. O. stattfinden können. Eine derartige Beschränkung des Gegenbeweises erscheint bedenklich, insbesondere soweit es sich um Thatsachen handelt, welche das Vorhandensein anderer vor oder neben dem im Erbscheine als Erben Bezeichneten erbberechtigter Personen betreffen. Demgemäß wird nur eine gesetzliche Vermuthung für die Richtigkeit des Erbscheines aufgestellt. Dies hat nach dem § 198 die Wirkung, daß die in dem Erbscheine bezeugte Eigenschaft als Erbe als bewiesen gilt, aber der Beweis des Gegentheiles völlig frei bleibt (vergl. Einf. Ges. zur C. P. O. § 16 Nr. 1 Abs. 2).

Vermuthung in Ansehung der angegebenen Beschränkungen.

Auch in Ansehung der nach dem § 2075 im Erbscheine anzugebenden Beschränkungen des Erbrechtes des Erben muß der Erbschein, in gleicher Weise wie das Grundbuch, die Vermuthung der Richtigkeit für sich haben, sodaß nicht angegebene Beschränkungen als nicht vorhanden gelten, weil ohne diese negative Wirkung der Zweck des Erbscheines nur unvollkommen erreicht werden würde.

Die Vorschrift beschränkt nicht die Wirkung des Erbscheines. Die Vermuthung wirkt also für und gegen einen Jeden, auch gegen denjenigen, welcher selbst Erbe zu sein behauptet. Der Erbschein verschafft dem Empfänger eine Art von Besitz der Erbschaft, welche mit dem Vortheile der Vertheidigungslage verbunden ist. Dieses Ergebniß kann, da andere Erbprätendenten bei der Ertheilung des Erbscheines nicht zugezogen sind, auffallend erscheinen; es ist aber für gerechtfertigt erachtet, da eine sorgfältige Prüfung der Sachlage seitens des Nachlaßgerichtes zu erwarten ist. Hiernach ist es nur angemessen, der Feststellung des Nachlaßgerichtes einen materiellen Einfluß auf den Streit um die Erbschaft einzuräumen. Erreicht wird damit zugleich, daß für den Erbschaftsstreit die Parteirollen geordnet sind; es wird vermieden, daß ein Erbschaftsstreit völlig ohne Ergebniß bleibt, wenn beide Theile ihr Erbrecht nicht vollständig beweisen können. In Betracht kommt noch, daß anzunehmen ist, es werde sich in den Fällen, in welchen der Beweis bei dem Nachlaßgerichte ausnahmsweise nicht durch öffentliche Urkunden, sondern in anderer Weise geführt wird, durch die von dem Nachlaßgerichte angestellten Ermittelungen meist ein zuverlässigeres Ergebniß erzielen lassen, schon weil diese Ermittelungen in der Regel alsbald nach dem Erbfalle stattfinden, als aus der Wiederholung der

Erörterungen in einem späteren Rechtsstreite zwischen einem vielleicht nach längerer Zeit erst auftretenden Erbprätendenten und demjenigen, welchem der Erbschein ertheilt ist.

Eintragung in die öffentlichen Bücher 2c.

Die Wirkungen des Erbscheines werden nicht nach einzelnen Richtungen hin bestimmt. Insbesondere wird die Zulässigkeit einer Eintragung in die öffentlichen Bücher und Register, oder in das Grundbuch (vergl. preuß. Ges. v. 1869 § 6 Abs. 3; schwarzb.sondersh. Ges. v. 1888 § 6 Abs. 3; u. A.), nicht erwähnt. Eine Aufzählung einzelner Wirkungen kann nur Mißverständnisse hervorrufen, und würde insbesondere der Gefahr der Unvollständigkeit unterliegen. Daß gewisse Behörden, welche mit der Führung öffentlicher, zur Beurkundung von Rechtsverhältnissen dienender Register, Bücher oder Akten betraut sind, mit dem Beweise durch einen Erbschein sich zu begnügen haben, obschon der Gegenbeweis zulässig ist, kann vielleicht Gegenstand einer Anweisung durch das Gesetz sein, soweit dazu ein Bedürfniß besteht. Ob in Ansehung der Grundbücher ein solches Bedürfniß besteht, wird bei Feststellung der Grundbuchordnung zu prüfen sein. Das Gesetzbuch ist nicht der Ort, in dieser Richtung Vorschriften zu geben.

Aus gleichem Grunde kann eine Vorschrift, wie es zu halten sei, wenn der gesetzliche Erbe Nacherbe ist und eine Eintragung in das Grundbuch für den Nacherben zu erfolgen hat, nicht aufgenommen werden. Es ist ein immerhin seltener Fall, daß ein gesetzlicher Erbe zur Nacherbfolge gelangt (vergl. § 1807). In einem solchen Falle hat das Nachlaßgericht zu prüfen, ob die Bedingung erfüllt oder der Termin eingetreten ist, von deren Erfüllung oder Eintritt die Nacherbfolge abhängig gemacht ist. Die Ermittelung des Nachlaßgerichtes und die Eintragung in das Grundbuch berühren in einem solchen Falle das Recht des Vorerben. An sich liefert der Erbschein auch in diesen Fällen Beweis für das bezeugte Erbrecht. Indessen kann gleichfalls nur die Ertheilung einer Anweisung an das Grundbuchamt in Frage kommen. Die Entscheidung steht mithin im Zusammenhange mit der Entscheidung in Ansehung des vorstehend erörterten Falles. Demgemäß wird auf diese Frage ebenfalls bei Feststellung der Grundbuchordnung einzugehen sein. Allerdings liegt die Sache hier insofern etwas anders, als die Möglichkeit gegeben ist, daß eine bestimmte Person, nämlich der Vorerbe, in ihren Rechten durch den Erbschein beeinträchtigt wird.

Vorlegung eines Erbscheines.

Mit einigen der in der Vorbemerkung erwähnten Gesetze, z. B. Mecklenburg § 1 Nr. 2, Bremen § 6, Oldenburg § 6, Braunschweig § 6, jedem Dritten die Befugniß zu ertheilen, die Vorlegung eines Erbscheines zu verlangen und sich auf eine andere Legitimation des Erben nicht einzulassen, würde zu weit gehen. Der Erbe könnte dadurch in eine mißliche Lage gerathen, da die Ertheilung des Erbscheines von dem Ermessen des Nachlaßgerichtes abhängt. Die Versagung des Erbscheines würde alsdann den Prozeßweg versperren, während nicht abzusehen ist, weshalb dieser Weg nicht in der Art, daß der Erbe seine Legitimation in der gewöhnlichen Weise führt, gestattet werden sollte. Zudem würde der Erbe damit in den nicht seltenen Fällen, in welchen die Eigenschaft als Erbe allen Betheiligten hinreichend bekannt ist, mit nutzlosen Kosten belastet werden.

§ 2077.

Die Wirkung des Erbscheines in Ansehung dinglicher Rechtsgeschäfte, welche von Dritten oder gegenüber Dritten mit dem oder von dem in dem Erbscheine als Erben Bezeichneten geschlossen oder vorgenommen werden, sofern diese Dritten nicht des guten Glaubens entbehrten, wird dahin erläutert, daß der Inhalt des Erbscheines, soweit die im § 2076 bestimmte Vermuthung reicht, als richtig gilt (Abs. 1).

2. Dingliche Rechtsgeschäfte des als Erbe Bezeichneten.

Demjenigen, welcher den Erbschein erhalten hat, eine Art Vertretungsmacht für den wirklichen Erben und eine Stellung als Verwalter des Nachlasses zu geben, ist nicht für angemessen erachtet. Würde hiervon ausgegangen, so würde es sich von selbst verstehen, daß das von dem Empfänger des Erbscheines Erworbene in Ansehung der Erbschaft an die Stelle des Veräußerten tritt. Allein eine solche Auffassung entspricht nicht dem in der Regel anzunehmenden Verhältnisse. Der Empfänger des Erbscheines kann nicht zum Vertreter des wirklichen Erben gemacht werden, wenn nicht dem Leben Zwang angethan werden soll. Es kann sich nur darum handeln, den guten Glauben derjenigen, welche mit dem Empfänger des Erbscheines sich eingelassen haben, in ähnlicher Weise zu schützen wie in den gewöhnlichen Fällen des Schutzes des guten Glaubens auf dem Gebiete des Rechtes der Schuldverhältnisse und des Sachenrechtes.

Keine Vertretungsmacht für den Erben.

In den §§ 837, 838, 304 ist der für den Schutz des Dritten erforderliche gute Glaube auf das objektive Nichtwissen oder Wissen gestellt, im § 877 aber auf das subjektive Nichtwissen oder Nichtwissenkönnen, also unter Berücksichtigung grober Fahrlässigkeit (vergl. Motive zum Sachenrechte S. 344 ff.). Dem Dritten, welcher sich auf den Erbschein verläßt, noch eine weitere Nachforschungspflicht aufzuerlegen, wäre nicht gerechtfertigt, weil der Erbschein, wie das Grundbuch, bestimmt ist, den Erben gegenüber Jedem festzustellen. Dazu kommt, daß das Grundbuch, sofern es sich um die Buchung des Erben handelt, selbst auf dem Erbscheine beruht, und daß nicht wünschenswerth ist, verschiedene Wirkungen eintreten zu lassen, je nachdem der Erbe gebucht oder nicht gebucht ist. Endlich kann nicht wohl von einer Fahrlässigkeit die Rede sein, wenn der Dritte sich ohne weitere Nachforschung auf den Erbschein verläßt, nachdem dieser in einem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren von dem Nachlaßgerichte ertheilt ist. Der Entwurf begnügt sich daher, wie in den Fällen der §§ 837, 838, 304, mit der objektiven Unkenntniß.

Objektives, subjektives Wissen oder Nichtwissen des Dritten.

Voraussetzung der Vorschriften ist nur der wirksame Bestand des Erbscheines zur Zeit des in Frage kommenden Rechtsgeschäftes. Wenngleich über das Erbrecht nicht in ähnlicher Weise öffentlich Buch geführt wird, wie über die Rechtsverhältnisse der Grundstücke, so spricht doch das Nachlaßgericht durch den Erbschein in gewisser Weise in die Oeffentlichkeit hinein. Deshalb muß das Vertrauen eines Dritten auf die Richtigkeit der Feststellung des Nachlaßgerichtes geschützt werden, auf welche Weise auch der Dritte von der Feststellung des Nachlaßgerichtes Kenntniß erlangt haben mag. Demgemäß darf nicht verlangt werden, daß der Dritte bei oder vor dem Rechtsgeschäfte sich den Erbschein seitens des Empfängers hat vorlegen lassen. Es muß sogar ab-

Wirksamer Bestand des Erbscheines.

gesehen werden von dem Beweise des ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem Handeln des Dritten und der Kunde von dem Erbscheine sowie dem Vertrauen auf den Erbschein. Nicht einmal dem Nachweise der Unbekanntschaft des Dritten mit der Ertheilung des Erbscheines kann ein Einfluß gestattet werden. Zu entscheiden hat ausschließlich die Thatsache, daß ein von dem Nachlaßgerichte nicht für kraftlos erklärter oder noch nicht an das Nachlaßgericht zurückgelieferter Erbschein zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes demjenigen, mit welchem als Erben der Dritte verhandelt hat, ertheilt gewesen ist.

Der Inhalt der Vorschrift geht dahin, daß bei den bezeichneten Rechtsgeschäften derjenige Mangel, dessen Nichtvorhandensein der gutgläubige Dritte annehmen darf, in Ansehung der Wirkungen des Rechtsgeschäftes nicht in Betracht kommt. Der Dritte darf also annehmen, daß der im Erbscheine Bezeichnete in dem darin angegebenen Umfange Erbe und daß er keinen anderen Beschränkungen unterworfen sei als den in dem Erbscheine angegebenen. Der Entwurf drückt dies dahin aus „so gilt der Inhalt des Erbscheines, soweit die im § 2076 bestimmte Vermuthung reicht, zu Gunsten des Dritten als richtig".

Nähere Bezeichnung der Rechtsgeschäfte.

Nur solche Rechtsgeschäfte kommen in Betracht, deren Wirksamkeit davon abhängt, daß derjenige, von welchem oder welchem gegenüber sie vorgenommen oder mit welchem sie geschlossen werden, Erbe und als solcher Subjekt der zu der Erbschaft gehörenden Rechte und Verbindlichkeiten sei. Außer Betracht bleiben die Rechtsgeschäfte, welche auf die Begründung eines Schuldverhältnisses gerichtet sind. Denn zur Wirksamkeit eines Versprechens ist die konkrete Verfügungsmacht des Versprechenden über den Gegenstand der Leistung nicht erforderlich (§ 348). Wirksamkeit können daher ausnahmsweise erlangen: Veräußerungen oder Belastungen eines zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes, sowie Rechtsgeschäfte, welche die Aenderung eines erbschaftlichen Rechtes zum Gegenstande haben, wenn diese unmittelbar durch abstrakten Vertrag herbeigeführt werden können (§§ 837, 838, 304); die Einziehung von Forderungsrechten, welche zum Nachlasse gehören (§ 304); einseitige Rechtsgeschäfte, deren Wirksamkeit davon abhängt, daß sie gegenüber einer bestimmten Person, nämlich gegenüber dem Erben als Berechtigten oder als Schuldner, vorgenommen werden (§§ 304, 837).

Nichteinbezogene Rechtsgeschäfte.

Nicht unter diese Vorschrift fallen solche Rechtsgeschäfte, bei welchen derjenige, welcher den Erbschein erhalten hat, als Erwerbender im weiteren Sinne erscheint, z. B. Erlaß einer erbschaftlichen Schuld, Erwerb einer Grunddienstbarkeit zu Gunsten eines erbschaftlichen Grundstückes, Befreiung einer erbschaftlichen Sache von einer Belastung u. dergl. Denn der § 2077 bestimmt nur „zu Gunsten des Dritten", nicht „zu Gunsten des wirklichen Erben". Die Aufrechterhaltung eines solchen dinglichen Geschäftes gereicht nur dem Erwerber, nicht dem Veräußerer zum Vortheile. Wenigstens kann in solchen Fällen der Vortheil des Dritten nur in der Befreiung des Veräußerers von einer zwischen ihm und dem Erwerber bestehenden Verbindlichkeit gefunden werden. Ein solcher Vortheil kommt hier nur dann in Betracht, wenn der Veräußerer durch das Erfüllungsgeschäft von einer Schuld gegen den wirklichen Erben befreit wird, wenn also der Empfänger des Erbscheines eine zur Erbschaft gehörende Forderung eingezogen hat.

Mala fides des Dritten.

Der zweite Absatz fügt die aus dem Vorstehenden sich ergebenden Ausnahmen bei „wenn der Dritte zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes die Thatsachen gekannt hat, aus welchen die Nichtübereinstimmung des Erbscheines mit der wirklichen Rechtslage sich ergiebt, oder wenn der Dritte gewußt hat, daß der Erbschein von dem Nachlaßgerichte wegen Unrichtigkeit zurückgefordert ist", mit anderen Worten, wenn es an dem Erfordernisse des guten Glaubens in der Person des durch die Vorschriften des ersten Absatzes Begünstigten fehlte. Die Ausnahme in Ansehung der Kenntniß von der Zurückforderung des Erbscheines wegen Unrichtigkeit ist durch die Vorschriften des § 2073 geboten.

Unentgeltlicher Erwerb.

Unentgeltlich Erwerbende den unredlicherweise Erwerbenden gleichzustellen (sächs. G. B. § 2322), fehlt es an jedem Anlasse. Selbst ein Bereicherungsanspruch gegen den Erwerber kann im Falle der Unentgeltlichkeit des Erwerbes nicht gewährt werden[1]), weil sonst von den Grundsätzen des Entwurfes in Ansehung des Bereicherungsanspruches gegen denjenigen, welcher in Folge der Vorschriften über den Schutz eines gutgläubigen Erwerbes verliert, ohne zwingende Gründe abgewichen würde. Eine innere Verschiedenheit zwischen den Fällen eines gutgläubigen Erwerbes im Vertrauen auf den Erbschein und den übrigen Fällen, in welchen der gutgläubige Erwerber geschützt wird, besteht nicht. Die Unterscheidungen des Entwurfes zwischen den verschiedenen Fällen des Schutzes des gutgläubigen Erwerbes beziehen sich theils auf die Gattung und den Umfang der Rechte, welche geschützt werden sollen, theils auf den Grund, aus welchem das Gesetz den Schutz ertheilt oder auf die Begründung des guten Glaubens. Diesen Unterscheidungen kann hier ein berechtigter Einfluß nicht beigemessen werden, zumal sich sonst auffällige und nicht zu billigende Ergebnisse herausstellen würden. Auffällig und nicht gerechtfertigt wäre es z. B., wenn der Erwerber, welcher nach den §§ 877, 878 eine ihm geschenkte bewegliche Sache trotz des Rechtsmangels in der Person seines Rechtsurhebers kondiktionsfrei erworben hätte, deshalb haftbar werden sollte, weil er annahm, der Veräußerer habe den veräußerten Gegenstand durch Erbschaft erworben, und also auf den Erbschein sich verließ. Ebensowenig kann dem Umstande ein Grund für einen erweiterten Kondiktionsschutz entnommen werden, daß die Wirkung des auf den Erbschein gestützten guten Glaubens dem Umfange nach weiter reicht und auf Rechtsgeschäfte der verschiedensten Art sich erstreckt. Denn nicht die Vergrößerung der Verlustgefahr auf Seiten des wirklichen Berechtigten, sondern die Grundlosigkeit des Habens auf Seiten des Erwerbers ist für den Kondiktionsschutz maßgebend. Der unentgeltliche Erwerb darf nicht lediglich deshalb, weil er unentgeltlich erfolgte, als ein grundloser behandelt werden; er verdient vielmehr auch dann, wenn er auf Grund eines Erbscheines erfolgte, den gleichen rechtlichen Schutz wie der entgeltliche Erwerb. Diese Auffassung ist auch sonst in dem Entwurfe festgehalten (vergl. Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 851 ff. und Motive zum Sachenrechte S. 225).

---

[1]) Vergl. preuß. Ges. von 1869 § 6 Abs. 2; els.lothr. Ges. § 4 Abs. 2; bad. Ges. § 7 Abs. 2; schwarzb.sondersh. Ges. § 5 Abs. 2.

Bereicherungsanspruch gegen den verfügenden Nichterben.

Ein besonderer Schutz des wirklichen Erben, für welchen durch eine Veräußerung ein Verlust eingetreten ist, entsprechend dem § 880, durch einen Bereicherungsanspruch gegen den verfügenden Nichterben ist wegen des im § 2081 ausgesprochenen Surrogationsgrundsatzes entbehrlich. Eingewendet kann werden, dies genüge deshalb nicht, weil bestimmt werden müsse, die Veräußerung eines Erbschaftsgegenstandes seitens desjenigen, welcher einen Erbschein habe, sei wirksam ohne Rücksicht darauf, ob der Veräußernde den veräußerten Gegenstand auf Grund des von ihm beanspruchten Erbrechtes besessen und veräußert habe. Allein die Voraussetzung des § 2077 ist, obschon weder die Vorlegung des Erbscheines noch der Nachweis des ursächlichen Zusammenhanges zwischen dem Handeln des Dritten und der Kenntniß von dem Erbscheine sowie dem Vertrauen auf den Erbschein erfordert ist, daß der in dem Erbscheine Bezeichnete als Erbe gehandelt habe. Hat der in dem Erbscheine Bezeichnete über einen in der Erbschaft befindlich gewesenen Gegenstand deshalb verfügt, weil er davon ausging, derselbe gehöre ihm an sich schon und nicht um deswillen, weil er Erbe sei, so fehlt es an jedem Anlasse zu einem besonderen Schutze des Dritten; vielmehr müssen in einem solchen Falle die allgemeinen für den Verkehr mit Sachen und Rechten aufgestellten Grundsätze zur Geltung gelangen. Der Erbschein dient ausschließlich zur Erbeslegitimation; mithin kann er keine Wirkungen äußern, soweit die Legitimation als Erbe nicht in Frage kommt. Ebensowenig hilft der § 2077 dem Erwerber einer objektiv zur Erbschaft gehörenden Forderung dann, wenn der Veräußernde, obschon er einen Erbschein hatte, glaubte, ihm sei die Forderung schon bei Lebzeiten des Erblassers übertragen.

Zwangsvollstreckung.

Eine besondere Entscheidung darüber, ob eine im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Rechtsentziehung gegenüber dem im Erbscheine als Erben Bezeichneten in Ansehung des Schutzes des Erwerbers der rechtsgeschäftlichen Veräußerung seitens des Nichterben gleichzusetzen sei, bedarf es nicht. In dieser Beziehung enthält auch das geltende Recht eine Vorschrift nicht. Ein Zweifel kann zwar insbesondere dann entstehen, wenn derjenige, gegen welchen die Zwangsvollstreckung gerichtet ist, nicht als Berechtigter in das Grundbuch eingetragen war, während, falls eine Buchung vorlag, der § 837 (Motive zum Sachenrechte S. 213 ff.) bestimmt. Dieser Zweifel rechtfertigt aber noch nicht die Aufnahme einer besonderen Vorschrift.

Rechtskräftiges Urtheil gegen den im Erbscheine Bezeichneten.

In Ansehung der Wirkungen eines rechtskräftigen Urtheiles, welches in einem Rechtsstreite zwischen dem im Erbscheine als Erben Bezeichneten und einem Dritten nach Ausstellung des Erbscheines über einen erbschaftlichen Gegenstand ergangen ist, enthält sich der Entwurf, in Uebereinstimmung mit dem geltenden Rechte, einer Vorschrift. Ein solches Urtheil wird daher, wie in den Fällen der §§ 837, 838 (Motive zum Sachenrechte S. 223, 224), in der Regel Geltung gegen den wirklichen Erben nicht beanspruchen können. Dieses Ergebniß erscheint nur angemessen. Jedenfalls fehlt es an zureichenden Gründen, zu Gunsten des durch den Erbschein geschützten Erwerbers weiter zu gehen als zu Gunsten des als Eigenthümer in das Grundbuch Eingetragenen, zumal der Erbschein immerhin ein positives Institut ist. Ein besonderer Schutz des Schuldners einer Erbschaftsforderung (vergl. § 304 Abs. 2) ist nicht veranlaßt.

§ 2078.

Damit, daß dem gesetzlichen Erben ein Erbschein ertheilt werden kann (§ 2068), wird dem Bedürfnisse noch nicht genügt. Der § 2078 sieht die Ertheilung von Zeugnissen an den Erben in zwei weiteren, unter sich verschiedenen Fällen vor.

X. Zeugniß für den eingesetzten Erben,

I. Beantragt der eingesetzte Erbe, ihm ein Zeugniß darüber zu ertheilen, daß eine der Verfügung von Todeswegen, welche von ihm zur Begründung seines Erbrechtes geltend gemacht wird, entgegenstehende Verfügung von Todeswegen seitens des Erblassers nicht vorhanden sei, so hat das Nachlaßgericht ein solches Zeugniß zu ertheilen (Abs. 1). Für die Angemessenheit der Vorschrift spricht insbesondere die Erwägung, daß auch der nach dem § 2068 dem gesetzlichen Erben zu ertheilende Erbschein das Zeugniß einschließt, eine dem gesetzlichen Erbrechte entgegenstehende Verfügung des Erblassers von Todeswegen sei nicht vorhanden (vergl. § 2069 Nr. 5). Wenngleich nach der auf S. 558 dargelegten Auffassung des Entwurfes dem eingesetzten Erben ein Zeugniß über sein Erbrecht nicht zu ertheilen ist, so darf doch die Versagung des Zeugnisses nur so weit reichen, als dem Erben für sein Recht in der die Verfügung enthaltenden Urkunde ein Beweismittel gegeben ist und lediglich die Auslegung der Urkunde in Frage kommt.

a) daß keine entgegenstehende Verfügung von Todeswegen vorhanden;

Die Vorschrift schließt sich in der Fassung dem § 2068 an, hat deshalb auch das Wort „darüber" aufgenommen und spricht aus, daß schlechthin das Nichtvorhandensein einer entgegenstehenden Verfügung zu bezeugen ist. Es ist nicht von einer anderen Verfügung die Rede, weil es möglich ist, daß eine zweite Verfügung von gleichem Inhalte wie diejenige, welche die Erbeinsetzung enthält, vorhanden ist.

II. Der zweite in Betracht gezogene Fall ist der, daß durch eine Verfügung von Todeswegen ein Erbe eingesetzt ist, dessen Person aus der Verfügung allein nicht erkennbar ist (z. B. mein einziger Neffe sei mein Erbe). Es wird bestimmt, einem solchen Erben sei auf seinen Antrag ein Zeugniß darüber zu ertheilen, daß er die in der Verfügung bezeichnete Person ist (Abs. 2). Sind mehrere Personen zusammen in der angegebenen Weise eingesetzt (z. B. meine Neffen seien meine Erben), so ist auch zu bezeugen, in welchem Umfange der Antragsteller der eingesetzte Erbe ist.

b) zur Ergänzung der unbestimmten Bezeichnung der Person.

Eine im Wesentlichen entsprechende Vorschrift findet sich in den meisten der in der Vorbemerkung bezeichneten Gesetze (z. B. preuß. Ges. v. 1869 § 9; els. lothr. Ges. § 8; bad. Ges. § 10; schwarzb. sondersh. Ges. §§ 8, 9; u. s. w.). Es handelt sich darum, einer Beweisschwierigkeit für den eingesetzten Erben abzuhelfen, welche sich darauf gründet, daß die Verfügung des Erblassers den Erben oder den Umfang der Einsetzung nicht unmittelbar, sondern durch Bezugnahme auf Thatsachen, welche außerhalb der Verfügung liegen, bezeichnet. In einem solchen Falle soll das Nachlaßgericht den Willensinhalt des Erblassers durch Feststellung der in Bezug genommenen Thatsachen ermitteln und darüber ein Zeugniß ausstellen. Denn die Urkunde, welche die Einsetzung enthält, genügt nicht zum Nachweise des Erbrechtes. Voraussetzung der Vorschrift ist, daß die Thatsachen, welche zur Feststellung des Erben dienen, bereits

verwirklicht sind, mithin der Anfall an den Erben schon erfolgt ist, und daß der Erbe in der Lage ist, die Feststellung der Thatsachen, von deren Vorhandensein das Erbrecht abhängt, herbeizuführen. Dieselben Billigkeitsrücksichten, welche für die Vorschrift des ersten Absatzes maßgebend sind, rechtfertigen auch diese Vorschrift.

Vermächtnißnehmer u. s. w.

Mit dem preuß. Ges., dem els. lothr. Ges. u. A. in ähnlicher Weise zu Gunsten der nicht als Erben Eingesetzten (es heißt dort kurz „der Bedachten") vorzusehen, besteht für den Entwurf kein Anlaß. Die vorzugsweise in Betracht kommenden Vermächtnißnehmer sind nach dem § 1865 nur obligatorisch berechtigt. Dieselben haben ihr Recht lediglich gegenüber dem Erben geltend zu machen und feststellen zu lassen. Dazu bedürfen sie keines Zeugnisses des Nachlaßgerichtes, sie vermögen ohne ein solches ihr Recht zu verwirklichen.

Daß in Ansehung der im ersten und zweiten Absatze bezeichneten Zeugnisse die §§ 2069—2077 für entsprechend anwendbar erklärt werden (Abs. 3), entspricht den mehrerwähnten Gesetzen (vergl. preuß. Ges. §§ 9, 10; els. lothr. Ges. § 8 Abs. 3, 4; bad. Ges. § 10 Abs. 3; schwarzb. sondersh. Ges. § 10; u. A.).

§ 2079.

XI. Erbschein für gewisse Ausnahmefälle.

Das preuß. Ges. v. 1869 §§ 8, 10 und die Gesetze von Oldenburg §§ 7, 9, Bremen § 8, Braunschweig §§ 7, 9, Lübeck v. 1882 § 10, Schaumburg-Lippe §§ 7, 9, Elsaß-Lothringen § 7, Baden § 9, Schwarzburg-Sondershausen § 7 lassen die durch die Vorschriften über den Erbschein gewährte Erleichterung der Erbeslegitimation auch dann eintreten, wenn ein Zeugniß des Nachlaßgerichtes nach Maßgabe der §§ 2068 ff. nicht zu erlangen ist, weil es an einem zuständigen Nachlaßgerichte fehlt. Diesen Gesetzen folgt im Wesentlichen der § 2079. Jedoch soll ein solcher Erbschein nur dann ertheilt werden, wenn einer Person als Erben ein Recht zusteht, über dessen subjektive Zuständigkeit von einer Deutschen Behörde ein Buch oder Register geführt wird, oder wenn ein zu der Erbschaft gehörender Gegenstand sich in der Verwahrung einer Deutschen Behörde befindet.

Das Eigenschaftswort „Deutsches" vor „Gericht" und „Behörde" ist gewählt in Rücksicht auf die Konsularjurisdiktionsbezirke und die Schutzgebiete.

Die Feststellung in der einzelnen Richtung auf die gebuchten Rechte und verwahrten Gegenstände ist maßgebend, sodaß dem Antragsteller in Ansehung dieser Rechte und Gegenstände diejenige Rechtsstellung gewährt wird, welche sonst allgemein mit der Ertheilung der Zeugnisse des Nachlaßgerichtes verbunden ist. Der Zweifel kann sich erheben, ob es nöthig sei, so weit zu gehen und ob es nicht genügen würde, dem Zeugnisse nur die Wirkung beizulegen, daß die thatsächliche Umbuchung und die thatsächliche Herausgabe der verwahrten Gegenstände mit Befreiung der verwahrenden Behörde erfolgen kann und demjenigen, welcher den Erbschein erhalten hat, nur die mit einer solchen Veränderung der Sachlage verknüpfte Rechtsstellung eingeräumt wird[1]. Allein

[1]) Bad. Ges. § 9 Abs. 1 a. E.; schwarzb. sondersh. Ges. § 7 a. E.; u. A.

gegen die letztere Auffassung spricht, daß die thatsächliche Umbuchung oder Herausgabe nicht von entscheidender Bedeutung sein kann, und daß es sich nicht rechtfertigen läßt, dem durch den Erbschein sich als Erben Ausweisenden eine sonst zulässige Verfügung über sein Recht vor der erfolgten Umbuchung oder Herausgabe abzuschneiden.

Zuständigkeit.

Für zuständig zur Ertheilung des Erbscheines wird erklärt, falls der Gegenstand ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstücke ist, das Nachlaßgericht, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist, in den übrigen Fällen das Nachlaßgericht, in dessen Bezirke die das Buch oder Register führende oder den Gegenstand verwahrende Behörde ihren Sitz hat. Auch in Ansehung der ersterwähnten Fälle den Sitz der das Grundbuch führenden Behörde entscheiden zu lassen, ist nicht für angemessen erachtet, da alsdann unter Umständen (z. B. nach einzelnen Rechten in Ansehung der Lehen- oder Fideikommißgüter) ein anderes Nachlaßgericht zuständig sein würde, als dasjenige, welches sich nach dem locus rei sitae ergiebt, während die Kenntniß der in Betracht kommenden Verhältnisse zumeist eher bei dem Nachlaßgerichte, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist, erwartet werden kann.

Zuständigkeit mehrerer Gerichte.

Würde für den Fall, daß mehrere Gerichte zuständig sind, ein jedes zuständige Gericht in Ansehung aller in Betracht kommenden Gegenstände als zuständig erklärt, so würde damit die Zuständigkeit eines Nachlaßgerichtes anomaler Weise erweitert, ohne daß dazu ein zwingender Grund besteht. Auch würde eine solche Vorschrift nicht wohl vereinbar sein mit dem Grunde, auf welchem es beruht, daß in Ansehung der Grundstücke und der Rechte an solchen das Nachlaßgericht, welches sich nach der Lage des Grundstückes bestimmt, für zuständig erklärt ist.

Im Wesentlichen in Uebereinstimmung mit den mehrerwähnten Gesetzen, werden für die Fälle des § 2079 die §§ 2068—2077 und der § 2078 Abs. 2, 3 für entsprechend anwendbar erklärt (Abs. 2).

Sechster Titel.

Erbschaftsanspruch.

Vorbemerkung.

Geltendes Recht.

Von den neueren Rechten haben mehrere sich jeder Vorschrift über den Erbschaftsanspruch enthalten, so insbesondere das preuß. A. L. R. und der code civil. Das österr. G. B. §§ 823, 824 beschränkt sich darauf, die Erbschaftsklage zu erwähnen, auf die Eigenthumsklage zu verweisen, und nur hinzuzufügen, daß ein dritter redlicher Besitzer für die in der Zwischenzeit erworbenen Erbschaftsstücke Niemandem verantwortlich ist[1]). Nicht viel mehr

---

[1]) Vergl. jedoch Unger §§ 50—53.

Vorschriften als das österr. G. B. enthält der hess. Entw. in Art. 241, 242. Hiernach ergiebt sich die vorab zu beantwortende Frage, ob es nicht gerechtfertigt sei, dem preuß. A. L. R. und dem code civil zu folgen[1]).

Gründe gegen.

Für die Entbehrlichkeit von Vorschriften über den Erbschaftsanspruch läßt sich insbesondere Folgendes geltend machen. Nach den §§ 2025, 2051 gehen die Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers kraft des Gesetzes mit dem Erbfalle auf den Erben über. Der Erbe sei daher als solcher berechtigt, in Ansehung der absoluten Rechte die Herstellung des dem Inhalte dieser Rechte entsprechenden Zustandes von einem jeden Dritten, dessen Verhalten einer Herstellung des entsprechenden Zustandes entgegenstehe, zu verlangen, und alle aus Gesetz oder Rechtsgeschäft sich ergebenden Schuldverhältnisse geltend zu machen, ohne Unterschied, ob der Grund des Schuldverhältnisses in seiner Person oder in der Person des Erblassers eingetreten sei. Auf diesem Wege gelange der Erbe zum Ziele. In Frage könne nur kommen, ob mit Rücksicht auf das besondere Verhältniß des Erben als solchen einige Erleichterungen für die Verwirklichung der erbschaftlichen Rechte zu bestimmen seien. Insbesondere könnten in Betracht kommen die Anordnung einer Manifestationspflicht solcher Personen, welche Erbschaftsgegenstände hinter sich haben, oder denen gegenüber die Vermuthung bestehe, solche Gegenstände hinter sich zu haben, ferner eine Vorschrift, durch welche, abgesehen von den dem Erben zustehenden Schutzmitteln, dem Erben die Klarstellung und der Beweis seines Rechtes an solchen Sachen, welche zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Inhabung gewesen sind, erlassen würden. Erheblichen Bedenken unterliege es, ob von einer Verletzung des Erbrechtes des Erben selbst und von besonderen aus solcher Verletzung entspringenden Deliktsansprüchen gesprochen werden dürfe. Da der Erbe kraft des Gesetzes nach allen einzelnen Richtungen in die Rechtsstellung des Erblassers eintrete, so könnten lediglich diese einzelnen erbschaftlichen Rechte verletzt werden. Das bloße Bestreiten des Erbrechtes sei keine Rechtsverletzung. Die Handlungen, durch welche die einzelnen erbschaftlichen Rechte verletzt würden, könnten nicht wegen der subjektiven Willensrichtung des Verletzenden, selbst Erbe sein zu wollen, zugleich oder ausschließlich zu Verletzungen des Erbrechtes werden. Die Behandlung der Erbschaftsklage im römischen Rechte erkläre sich aus rechtsgeschichtlichen Gründen und ergebe sich nicht aus der Natur des Erbrechtes.

Gründe für die Aufnahme besonderer Vorschriften.

Der Entwurf hat sich jedoch dafür entschieden, einen besonderen, von den Singularklagen zu unterscheidenden Anspruch auf Ausfolgung der Erbschaft zuzulassen und zu regeln.

Als Regelfall ist der Fall anzunehmen, daß ein Nichterbe nach allen Richtungen als Erbe sich verhält (gerirt) und hierdurch in ein thatsächliches Verhältniß gelangt ist, wie wenn er der Erbe wäre. Für die hier zu begründende Entscheidung kann zunächst dahingestellt bleiben, ob es einen Unterschied macht, wenn der Erbprätendent die thatsächliche Erbenstellung nur unvollkommen erlangt hat. Nicht hierher gehört der Fall, in welchem Jemand, um

[1]) Im Uebrigen vergl. Windscheid §§ 611—616; Roth § 395; bayr. L. R. III, 1 § 9; sächs. G. B. §§ 2291—2322; thüring. Erbgesetze; Mommsen §§ 300—321.

für den zur Zeit der Person nach noch nicht bestimmten Erben zu sorgen, die Erbschaft an sich genommen hat. Dieser letztgedachte Fall ist ein einfacher Fall der Geschäftsführung ohne Auftrag. Es fragt sich nun, ob die thatsächliche Eindrängung eines Nichterben in die Stellung des Erben, mag sie in gutem oder bösem Glauben erfolgt sein, einen besonders gearteten Anspruch erzeugen soll, welcher die Erbschaftsstücke als Ganzes und als Inbegriff zum Gegenstande hat, oder ob lediglich die einzelnen Erbschaftsgegenstände und die in Folge des Gebahrens mit denselben durch den Nichterben sich ergebenden Verbindlichkeiten aus unerlaubter Handlung, Bereicherung u. s. w. in Betracht zu ziehen sind. Ueber die Klagebefugniß des wirklichen Erben sind selbstverständlich nicht besondere Vorschriften zu geben; denn dem modernen Rechte ist das röm. Aktionensystem fremd (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 357).

Die sonstigen Vorschriften des Entwurfes über Rechte an einem Inbegriffe von Vermögensgegenständen (vergl. §§ 777, 993, 1859 Abs. 2) lassen sich nicht dafür geltend machen, daß ohne Weiteres ein solcher auf ein Vermögensganzes gerichteter Anspruch anzunehmen sei. Denn es ist nirgends ausdrücklich bestimmt, daß ein Inbegriff als solcher — zu unterscheiden von den einzelnen im Inbegriffe enthaltenen Gegenständen — Objekt eines Rechtes absoluter Natur sein könne. Unter Inbegriff ist im Entwurfe nur eine Mehrheit von Vermögensstücken verstanden, der Inbegriff ist von dem Vermögen als Ganzem mit Aktiven und Passiven unterschieden.

Maßgebend kann allein sein, ob es zu einem angemessenen Ergebnisse führt, wenn das Verhältniß zwischen dem wirklichen Erben und dem, welcher sich thatsächlich als Erbe verhält, lediglich nach Maßgabe der in Ansehung der einzelnen Erbschaftsgegenstände sich ergebenden Einzelansprüche beurtheilt wird. Dieses Ergebniß würde ein nicht in allen Beziehungen angemessenes sein, wie bei Erörterung der einzelnen von dem Entwurfe aufgenommenen Vorschriften klarzustellen sein wird. Hier soll nur vorweg bemerkt werden, daß sich als erforderlich herausgestellt hat, den Erben in mehrfacher Beziehung zu begünstigen, so in Ansehung der Auskunftspflicht desjenigen, welcher sich thatsächlich als Erbe verhält (§ 2082), in Ansehung der zur Zeit des Erbfalles lediglich in der Inhabung des Erblassers befindlich gewesenen Sachen (§ 2081 Nr. 1), in Ansehung der Einführung des Grundsatzes „res succedit in locum pretii etc.“, welcher in großem Umfange im § 2081 für geltend erklärt ist, in Ansehung der Herausgabe der Nutzungen (ebenda), daß aber andererseits auch der sich thatsächlich als Erbe Verhaltende in einigen Beziehungen begünstigt werden muß, so in Ansehung der Verwendungen (§ 2084) und in Ansehung der Behandlung der Erbschaft als Ganzes, soweit nach allgemeinen Grundsätzen die Bereicherung herauszugeben ist und Verwendungen in Betracht kommen (§ 2087). In Frage konnte daher nur noch kommen, ob es den Vorzug verdiene, das mit Rücksicht auf die Einzelansprüche nach den allgemeinen Grundsätzen eintretende Ergebniß in einzelnen Richtungen zu verbessern oder von dem Standpunkte des Universalanspruches auszugehen. Das letztere Verfahren ist bevorzugt, weil es eine einfachere Gestaltung des Verhältnisses zwischen dem wirklichen Erben und demjenigen, welcher sich thatsächlich als Erbe verhält, ermöglicht.

Ueberdies kann bei Festhaltung des Universalanspruches eine Verurtheilung in Ansehung aller einzelnen Erbschaftsgegenstände im Gerichtsstande der Erbschaft (§ 28 C. P. O.) erlangt werden, während der entgegengesetzte Standpunkt dahin führen könnte, daß im Gerichtsstande der Erbschaft nur auf Anerkennung des Erbrechtes und auf Auskunftsertheilung geklagt werden könnte, die daraus sich ergebenden Einzelansprüche dagegen nur bei den für diese bestehenden, oft mit dem Gerichtsstande der Erbschaft nicht zusammenfallenden Gerichtsständen geltend zu machen wären.

§ 2080.

I. Erbschaftsanspruch.

Daß der Entwurf einen besonderen Erbschaftsanspruch als Universalklage anerkennt, bringt schon der § 2080 zum Ausdrucke (vergl. § 2087). Indem dem Erben der Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft gewährt wird, ist klargestellt, daß die Zulassung einer Universalklage bezweckt ist, deren Eigenthümlichkeit darin besteht, daß die Erbschaft als solche oder ein Vermögensinbegriff Gegenstand des Anspruches ist.

Voraussetzung.

Die Voraussetzung für die Zulassung des Anspruches ist dahin bestimmt, daß eine andere Person auf Grund eines von ihr in Anspruch genommenen Erbrechtes dem Erben einen Erbschaftsgegenstand vorenthält. Erfordert wird also, daß der Beklagte dasjenige, was er hinter sich hat, als angeblicher Erbe, indem er sich selbst das Erbrecht beilegt, vorenthält oder vor Beginn des Streites vorenthalten hat, sodaß darüber zu entscheiden ist, ob der Kläger oder der Beklagte der Erbe sei. Zur Begründung der Universalklage gehört danach das in einem besonderen Verhalten des Beklagten bestehende subjektive

Subjektives Moment.

Moment. Ein solches Verhalten des Beklagten läßt sich darin finden, daß der Beklagte sich thatsächlich, ohne daß ein anderer Grund seines Handelns ersichtlich ist, als Erbe verhält. Hat sich der Beklagte als Dieb oder Räuber der Erbschaftsgegenstände bemächtigt, so ist Gegenstand einer solchen That nicht die Erbschaft als solche, sondern die betreffenden Erbschaftsstücke. Der Thäter haftet alsdann als Dieb oder Räuber der Erbschaftsstücke, nicht aber auf Grund der Universalklage, weil er sich die Erbschaft nicht als Erbe beigelegt hat.

Besitz pro possessore ꝛc.

Abgelehnt ist, mit dem gemeinen Rechte[1]) und dem sächs. G. B. § 2291 sowie Mommsen § 300 ausdrücklich zu bestimmen, daß auch derjenige mit der Erbschaftsklage in Anspruch genommen werden könne, welcher pro possessore besitze oder sich auf keinen, seinen Besitz rechtfertigenden Grund berufe, nicht minder die Auffassung, die Behauptung des Rechtes aus dem Erwerbe der Erbschaft auf Grund eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden, stehe der Behauptung des eigenen Erbrechtes gleich[2]).

Wenn der Anspruch, welcher die Herstellung des dem Inhalte des Rechtes entsprechenden Zustandes bezielt, auf das Erbrecht sich stützt und nicht auf die nothwendiger Weise durch dieselben Thatsachen verletzten Einzelrechte, so

[1]) Windscheid § 614 Anm. 4; Brinz § 400 Anm. 50.

[2]) Windscheid § 614 Anm. 7; Brinz § 400 Anm. 50; sächs. G. B. 2291; Mommsen § 300; Entsch. d. R. G. Bd. 15 S. 319 für den code civil.

ist die erforderliche Voraussetzung einer gegen das Erbrecht sich richtenden Verletzung, daß der dem fremden Rechte Zuwiderhandelnde mit Rücksicht auf ein Erbrecht handelt, welches er sich selbst zuschreibt. Ohne ein derartiges subjektives Moment läßt sich die Beeinträchtigung des Erbrechtes nicht von der Beeinträchtigung der Einzelrechte unterscheiden. Versuche, die allgemeine Voraussetzung der Vorenthaltung eines Gegenstandes oder einer Leistung durch objektiv karakterisirte Ausnahmen zu beschränken, und dadurch zu einer objektiven Bezeichnung zu gelangen, um auf diese Weise nur solche Fälle übrig zu lassen, in welchen der Streit sich um das Erbrecht des Einen oder des Anderen dreht, haben ergeben, daß auf diesem Wege ein befriedigendes Ergebniß nicht zu erzielen ist. Daß es zu Schwierigkeiten führe, die Anmaßung des Erbrechtes zu beweisen, falls der Beklagte über den Grund seines rechtswidrigen Verhaltens Aufschluß zu ertheilen unterläßt, kann nicht anerkannt werden. Das Verhalten desjenigen, welcher Erbschaftsgegenstände hinter sich hat, ohne über den Grund seines Verhaltens Aufschluß zu geben, erfährt die mildeste Auslegung, wenn es als Anmaßung des Erbrechtes ausgelegt wird. Diese Auslegung liegt so nahe, daß Vorschriften darüber entbehrlich erscheinen.

Vorenthalten auf Grund eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden.

Denjenigen, welcher auf Grund eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden, das an sich obligatorischer Natur ist, eine Erbschaft vorenthält, in ein ähnliches Verhältniß zu dem wirklichen Erben zu bringen, wie einen Prätendenten des Erbrechtes, wäre bedenklich. Die Stellung eines solchen Erwerbers ist immerhin analog derjenigen des Erwerbers eines einzelnen erbschaftlichen Gegenstandes. Haftbar bleibt jedenfalls auch der Rechtsurheber des Erwerbers, der eigentliche Erbprätendent. Der Erbschaftsanspruch würde mithin in einem solchen Falle eine doppelte Richtung haben; Verwickelungen könnten um so weniger ausbleiben, als der Veräußerer gegenüber dem Erwerber in Ansehung der einzelnen Sachen und Rechte eviktionspflichtig ist. Zudem handelt es sich um eine Frage, deren Lösung mehr der Praxis und Wissenschaft als dem Gesetzgeber obliegt.

Verbrauch, Verzehren rc.

Selbstverständlich ist, daß das Vorenthalten auf Grund des in Anspruch genommenen Erbrechtes den Thatbestand ausmacht, welcher den Erbschaftsanspruch hervorruft, und daß der Erbschaftsbesitzer durch sein einseitiges Verhalten, welches nicht in der Befriedigung des Anspruches besteht, den Erbschaftsanspruch nicht beseitigen kann, insbesondere also nicht etwa dadurch, daß er den vorenthaltenen Erbschaftsgegenstand verzehrt oder ohne Entgelt in andere Hände bringt. Dies erhellt zur Genüge aus dem § 2083. Der Erbschaftsanspruch ist somit gegeben, auch wenn der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe des Erbschaftsgegenstandes oder dessen, was nach dem § 2081 an die Stelle eines Erbschaftsgegenstandes getreten ist, außer Stande ist. In einem solchen Falle geht der Erbschaftsanspruch in Gemäßheit des § 739 Abs. 1 auf den Werth des Erbschaftsgegenstandes, welcher vorenthalten gewesen ist. Sache des beklagten Erbschaftsbesitzers ist es, darzuthun, daß er nicht bereichert sei, wenn er den Werth nicht mehr hat (§ 739 Abs. 2). Der Erbschaftsanspruch ist also begründet gegen denjenigen, welcher auf Grund eines beanspruchten Erbrechtes dem Erben einen Erbschaftsgegenstand zur Zeit der Klagerhebung vorenthält oder früher vorenthalten hat. Die Worte „vor-

enthalten hat" aufzunehmen, ist, insbesondere mit Rücksicht auf den § 2083, nicht erforderlich; die Aufnahme dieser Worte könnte andere Zweifel hervorrufen und das Gesetz verdunkeln.

Um die Fassung der Vorschriften zu erleichtern, ist dem Beklagten die Bezeichnung „Erbschaftsbesitzer" beigelegt und der Ausdruck „Erbschaftsanspruch" zu einem technischen gemacht.

§ 2081.

II. Gegenstand der Herausgabe.

In Ansehung des Gegenstandes der Herausgabe erheben sich Zweifel. Einige dieser Zweifel soll der § 2081 lösen. Dies erhellt aus dem Eingange „als Erbschaftsgegenstände im Sinne des § 2080 gelten auch", welcher zugleich klarstellt, daß das Vorenthalten eines der bezeichneten Gegenstände die Eigenschaft als Erbschaftsbesitzer begründet.

Im Besitz oder Inhabung des Erblassers gewesene Sachen.

Unter Nr. 1 werden erwähnt die Sachen, welche zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Besitz oder Inhabung sich befunden haben. Die Einforderung solcher Sachen seitens des Erben soll begünstigt und erleichtert werden. Auf die Einzelklage gesehen, würde die condictio possessionis vielleicht deshalb nicht gerechtfertigt sein, weil der wirkliche Erbe zu der Zeit, als der Nichterbe die Sachen an sich nahm, noch nicht Besitzer oder Inhaber war, er also Besitz oder Inhabung nicht verloren hat. Dagegen erscheint äußerlich die Inhabung des Erblassers zur Zeit seines Todes als Besitz und der Besitz als Eigenthum. Durch den Tod des Erblassers endigt zwar dessen Inhabung und Besitz, aber die aus dem Verhältnisse, welches zur Zeit seines Todes bestand, sich ergebende Wahrscheinlichkeit eines entsprechenden Rechtsbestandes bleibt nach dem Erbfalle, bis die Sache in die Hand des wirklichen Erben gelangt, deshalb einstweilen bestehen, weil in der Zwischenzeit eine Veräußerung der Sache nicht vorgenommen werden konnte. Die Geltendmachung einer solchen Wahrscheinlichkeit des Eigenthumes kommt hier nicht gegenüber dritten Personen, sondern nur gegenüber dem Erbschaftsbesitzer in Frage und gewinnt diesem gegenüber besondere Kraft. Der Erbschaftsbesitzer schreibt sich als Erbe Eigenthum zu, weil er die Sache in der Erbschaftsmasse vorgefunden hat. Wird auf Grund des Erbschaftsanspruches für das Erbrecht des Gegners entschieden, so muß der Erbschaftsbesitzer die Entscheidung auch in Ansehung des Eigenthumes der in der Erbschaft vorgefundenen Sachen gelten lassen, weil für ihn das vermuthliche Eigenthum an den Sachen von dem Erbrechte abhängt. Die petitorischen Einreden des Erbschaftsbesitzers sind damit nicht ausgeschlossen, denn es versteht sich von selbst, daß gegen den petitorischen Erbschaftsanspruch auch die petitorischen Einreden zulässig sein müssen.

Mit einer Erleichterung des Eigenthumsbeweises, welche in dem Besitzstande zur Zeit des Todes des Erblassers sich gründet, würde dem wirklichen Erben nicht in ausreichender Weise geholfen werden. Denn er würde als Kläger die Behauptung des Eigenthumes aufstellen müssen und, wenn diese Behauptung widerlegt wird, sachfällig werden. Dem Besitzstande des Erblassers zur Zeit seines Todes kann auch ein anderes Recht des Erblassers an der

Sache als Eigenthum oder sogar ein lediglich obligatorisches Recht zur Inhabung zu Grunde liegen. Denkbar ist sogar, daß nicht einmal ein obligatorisches Recht zur Inhabung besteht, der wirkliche Erbe aber dennoch ein sehr wesentliches Interesse an der Inhabung der Sache hat, da er zur Rückgabe als Erbe verpflichtet ist und die Inhabung ihn in den Stand setzt, eine derartige Erbschaftsschuld zu erfüllen (z. B. Rückgabe von Büchern, welche der Erblasser entliehen hatte). In allen solchen Fällen muß der wirkliche Erbe berechtigt sein, die Sache einzufordern, selbst dann, wenn er etwa über das dem Besitzstande zu Grunde liegende Rechtsverhältniß noch in Ungewißheit sich befindet. Deshalb muß ihm jede Klarstellung seines Rechtes oder seines Interesses an der Herausgabe erlassen werden. Wenngleich es zweifelhaft erscheint, ob an sich die Kondiktion des Besitzes oder der Inhabung in Ansehung aller im Augenblicke des Todes des Erblassers in der Erbschaft sich befindenden Sachen gegen denjenigen, welcher vor dem Erben die Sachen erlangt hat, zulässig sein würde, so ist doch die Verbindlichkeit des Erbschaftsbesitzers einer Verpflichtung im Falle der condictio possessionis zu vergleichen. Auch bei dieser hat der Kondizirende sein Recht zum Besitze oder sein Interesse am Besitze nicht näher zu bezeichnen oder zu beweisen. Von besonderer Wichtigkeit ist, daß durch diese Vorschrift die im § 2082 bestimmte Pflicht zur Auskunftertheilung auch hierfür anwendbar wird.

Die Folgen dieser Vorschrift sind im Uebrigen je nach Lage des einzelnen Falles sehr verschieden; sie können nicht nach allen Richtungen im Gesetze klargestellt werden. Erwähnt sei nur, daß der Rückgabeanspruch, da er sich in einem Erbrechte gründet und die Herstellung des demselben entsprechenden Zustandes bezweckt, nicht einen rein obligatorischen Karakter hat, wie eine Kondiktion, daß er daher im Konkurse zur Aussonderung führen wird.

Einwendungen.

In Ansehung der Einwendungen des Erbschaftsbesitzers bestimmt der Entwurf keinerlei Beschränkung, wie solche im Falle der Besitzklagen (§§ 822 ff., Motive zum Sachenrechte S. 129) vorgeschrieben sind. Der Erbschaftsbesitzer kann sich daher aller Einwendungen bedienen, welche den geltend gemachten Herausgabeanspruch als nicht gerechtfertigt erscheinen lassen. Indessen ist es Sache des Erbschaftsbesitzers, das konkrete Rechtsverhältniß, welchem der Besitzstand des Erblassers entsprach, aufzudecken und hieraus weitere Folgerungen zu ziehen. Eine Einrede aus dem Rechte eines Dritten (de jure tertii) wird ihm nicht helfen, weil im Falle einer solchen Einrede der Erbe ein rechtliches Interesse behält an der Rückerlangung der Sache als eines Deckungsmittels, um eine erbschaftliche Verpflichtung zu erfüllen, vielleicht auch ein Interesse hat, sich wegen einer Erbschaftsforderung im Wege der Zurückbehaltung zu sichern. Auf das eigene Recht wird sich hingegen der Erbschaftsbesitzer ohne Beschränkung berufen können.

Vorschriften über den Eigenthumsanspruch.

Auf die Herausgabepflicht des Erbschaftsbesitzers finden insofern die Vorschriften über den Eigenthumsanspruch Anwendung, als die Sachen bis zum Beweise des Gegentheiles als solche anzusehen sind, deren Eigenthum dem Erblasser zustand. Eine dies aussprechende Vorschrift würde jedoch nicht unbedenklich sein. Denn, wenn der Erbschaftsbesitzer klarstellt, daß die Sachen von dem Erblasser nicht kraft dinglichen Rechtes besessen wurden, so kann in

einigen Punkten eine abweichende Beurtheilung des Herausgabeanspruches als gerechtfertigt sich ergeben.

Einwendungen des Erbschaftsschuldners.

Die Frage, ob es nicht zweckmäßig sei, hervorzuheben, daß, wenn der Schuldner einer Erbschaftsforderung deshalb zu leisten sich weigert, weil er selbst Erbe zu sein behauptet, die Geltendmachung einer derartigen Forderung den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch unterliege, ist zu verneinen. Eine solche Vorschrift würde nur die Voraussetzungen des Erbschaftsanspruches treffen. Ob das Zurückbehalten der Leistung wegen eigenen Erbrechtes als Vorenthaltung der Forderung als eines Erbschaftsgegenstandes anzusehen sei, ist nach dem § 2080 zu beurtheilen.

Aus einem zur Erbschaft gehörenden Rechte erworbene Gegenstände.

Unter Nr. 2 werden aufgeführt die Gegenstände, welche auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes dem Erben erworben sind.

In Ansehung der auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes erworbenen Gegenstände kann sich deshalb ein Zweifel erheben, ob sie Gegenstand des Erbschaftsanspruches seien, weil der Erwerb erst nach dem Tode des Erblassers eintritt, wenn auch der feste Grund zu dem Erwerbe schon in dem Rechtsbestande vor dem Tode des Erblassers gelegt ist und die Erbschaft sich ohne weitere Erwerbshandlung gleichsam aus sich selbst vermehrt. Die Vorschrift ist nur deklaratorisch, aber wegen jenes Zweifels räthlich.

Ersatz wegen Zerstörung, u. s. w.

Sind in der Inhabung des Erbschaftsbesitzers befindliche Gegenstände zerstört, beschädigt oder entzogen so entsteht regelmäßig eine Forderung auf Ersatz. Diese Forderung kann zu der Zeit, in welcher der Erbschaftsanspruch geltend gemacht wird, noch ausstehen oder von dem Erbschaftsbesitzer bereits eingezogen sein. Für den letzteren Fall entscheidet die Vorschrift unter Nr. 3; hier handelt es sich nur um den ersteren Fall. Daß eine Forderung der bezeichneten Art in Ansehung des Erbschaftsanspruches als Erbschaftsgegenstand behandelt wird, ist eine nothwendige Folge der Vorschrift über die auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes erworbenen Gegenstände und kann als in jener enthalten angesehen werden. Allein — streng genommen — wird die Forderung nicht auf Grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes, sondern auf Grund eines besonderen Thatbestandes, in der Regel einer unerlaubten Handlung eines Dritten, erworben. Daher ist es rathsam, im Anschlusse an die §§ 1290, 1349, 1414, 1825, dieser Forderung besonders zu gedenken. Die Worte „dem Erben" vor „erworben" sind aufgenommen und nicht entbehrlich, wenn es auch scheinen kann, als würde der Erbe in die günstigere rechtliche Lage versetzt, in welcher der Erbschaftsbesitzer sich mit Rücksicht auf den § 825 hinsichtlich des Beweises befindet, wenn die Worte unterdrückt würden. Dahingestellt bleiben kann, ob die Lage des Erben eine günstigere ist, wenn er den Ersatzanspruch ex jure cesso des Erbschaftsbesitzers, statt auf Grund eigenen Rechtes, geltend zu machen vermag. Jedenfalls erwirbt bei der Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zur Erbschaft gehörenden Gegenstandes, von besonderen Fällen abgesehen, nur der Erbe, nicht der Erbschaftsbesitzer den in dem Eigenthume an dem Gegenstande sich gründenden

Ersatzanspruch. Ein dem Erbschaftsbesitzer zustehender Ersatzanspruch kommt höchstens insoweit in Frage, als der Erbschaftsbesitzer als solcher einen den Erben nicht berührenden Schaden erlitten hat. Den Erbschaftsbesitzer zur Abtretung eines derartigen Anspruches zu nöthigen, würde ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in dessen Rechtskreis sein.

Surrogation.

Unter Nr. 3 wird für diese Universalklage, soweit es sich um den rechtsgeschäftlichen Erwerb des Erbschaftsbesitzers handelt, der wichtige Grundsatz eingeführt „res succedit in locum pretii etc.“; der Grundsatz wird aber im Nachsatze in Ansehung der verbrauchbaren Sachen, welche zur Erbschaft gehören, wesentlich beschränkt.

Der Surrogationsgrundsatz, welcher bereits in den §§ 1290, 1349, 1414, 1825 zur Geltung gelangt ist, muß auch für den Erbschaftsanspruch anerkannt werden. Befindet sich eine Erbschaft längere Zeit in der Hand eines Erbschaftsbesitzers, so ist es unvermeidlich, daß in Ansehung einzelner Bestandtheile rechtliche Veränderungen in Folge von Maßnahmen des Erbschaftsbesitzers Platz greifen. Die Erbschaft als Vermögensganzes unterliegt nothwendig gewissen Wandelungen. Daß diese Wandelungen sich innerhalb des Vermögensganzen vollziehen und daß die Erbschaft so herauszugeben ist, wie sie sich schließlich gestaltet hat, entspricht der Natur der Sache. Hiervon wird auch im Leben ausgegangen; vielfach würde eine Auseinandersetzung unter den Betheiligten ohne Zuhülfenahme der Surrogationsgrundsätze überhaupt nicht in befriedigender Weise zu erzielen sein.

Die Surrogation ist aber ferner im Hinblicke auf die rechtliche Gestaltung im Einzelnen geboten. Im Vordergrunde stehen von den in Betracht kommenden Geschäften des Erbschaftsbesitzers die Einziehung von Erbschaftsforderungen und die Veräußerung von Erbschaftsgegenständen gegen eine Gegenleistung. Sind diese Geschäfte gegenüber dem Erben wirksam nach den Grundsätzen über den Erwerb in gutem Glauben oder über das Handeln im Vertrauen auf das Grundbuch oder den Erbschein, so kann das Bedürfniß der Surrogation vielleicht in Frage gezogen werden, da der Erbschaftsbesitzer in einem solchen Falle nach den §§ 839, 880, 2083 für die Bereicherung, und wenn er nicht in gutem Glauben war (vergl. § 2085), dem Erben für das Interesse einzustehen hat, obschon auch in diesen Fällen die Surrogation nicht ohne Bedeutung ist. Anders verhält es sich aber, wenn die betreffenden Geschäfte gegenüber dem Erben nicht wirksam sind. Der Erbe müßte alsdann seinem Rechte nachgehen und könnte sich nicht oder doch nur auf dem Umwege der Abtretung etwaiger Regreßansprüche des Dritten gegen den Erbschaftsbesitzer an den letzteren halten. Dabei läuft der Erbe Gefahr, daß er leer ausgeht, sei es, weil inzwischen der Schuldner insolvent geworden ist, sei es, weil die Forderung verjährt ist, sei es, weil sonstige Zwischenfälle eingetreten sind, während vielleicht der Erbschaftsbesitzer das ihm Geleistete behält. Dies ist nicht nur unbillig, sondern widerspricht auch der Auffassung, daß der Erbschaftsbesitzer im Allgemeinen keinen Vortheil von dem Erbschaftsbesitze auf Kosten des Erben haben soll. Dem Erben muß daher die Möglichkeit gewährt werden, durch Genehmigung des Geschäftes dasjenige, was der Erbschaftsbesitzer aus dem Geschäfte erworben, zu einem Erbschaftsgegen-

stande zu machen, welchen er mit der Erbschaftsklage in Anspruch nehmen kann. Daß in der Erhebung der Klage in Beziehung auf das Erworbene die Genehmigung des Geschäftes liegt, ist selbstverständlich und bedarf eines besonderen Ausdruckes nicht. Andererseits würde es zu weit gehen, wenn das von dem Erbschaftsbesitzer Erworbene schlechthin als Erbschaftsgegenstand behandelt würde. Es liegt kein Grund vor, dem Erben das Vorgehen gegen den Dritten dann zu verschließen, wenn dies zulässig ist und in seinem Interesse liegt.

Ebensowenig kann der Surrogation dingliche Wirkung in der Ausdehnung beigelegt werden, daß der Erbe ohne Weiteres kraft des Gesetzes Eigenthümer des von dem Erbschaftsbesitzer erworbenen Gegenstandes wird. Eine solche Vorschrift würde auch mit wichtigen für den Verkehr mit Sachen aufgestellten Grundsätzen im Widerspruche stehen. In einem solchen Falle geht der Anspruch auf Herausgabe im Sinne von Uebertragung; — auch in den §§ 244, 739, 740 und sonst im Entwurfe ist unter „herausgeben" das tradere mit zu verstehen.

Den Erwerb bezielende Geschäfte.

Die Surrogation wird jedoch nicht auf die bisher hervorgehobenen Geschäfte beschränkt, sondern im Einklange mit den §§ 1290, 1349, 1414 für alle den Erwerb bezielenden Geschäfte des Erbschaftsbesitzers zur Geltung gebracht. Erfordert wird nur, daß die Geschäfte subjektiv mit Bezug auf die Erbschaft oder einen Erbschaftsgegenstand geschlossen sind und daß sie objektiv mit der Erbschaft oder einem Erbschaftsgegenstande in Zusammenhang gebracht werden können. Der Annahme einer Leistung wird in der Vorschrift, wie im § 838, nur deshalb besonders gedacht, weil vielleicht Zweifel darüber möglich sind, ob die Annahme der Erfüllung zu den Rechtsgeschäften in dem engeren Sinne nach dem Begriffe des Rechtsgeschäftes, von welchem der Entwurf ausgeht, gehört (vergl. § 1669 mit § 263, Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 81, Motive zum Familienrechte S. 1125).

Die Surrogation vorzuschreiben, ist an sich nicht ohne Bedenken; allein hier, wie in den unter Nr. 2 erwähnten Fällen, kann den Bedenken ein entscheidendes Gewicht nicht beigelegt werden. Die Bedenken werden noch gemindert durch die hinzugefügte Beschränkung in Ansehung der zu der Erbschaft von Anfang an gehörenden oder nachträglich hinzutretenden verbrauchbaren Sachen (vergl. §§ 1825, 1840, 2009 Abs. 1 Satz 2). Die Beschränkung erscheint angemessen, weil die Verfolgung des Schicksales der einzelnen verbrauchbaren Sachen, besonders bei länger andauerndem Erbschaftsbesitze, den erheblichsten Schwierigkeiten begegnet. Was insbesondere Geld anbelangt, so wird oft nicht zu ermitteln sein, ob der Erbschaftsbesitzer dasselbe der Erbschaft oder eigenen Mitteln entnommen hat. An die Stelle der von dem Erbschaftsbesitzer verwendeten verbrauchbaren Sachen tritt deren Werth; dieser ist bei der Herausgabe der Erbschaft nach den Grundsätzen von der Bereicherung zu erstatten (vergl. § 2083). Bei dieser Gestaltung ist es freilich möglich, daß der Erbschaftsbesitzer gewisse Vortheile zieht, welche er dem Erben nicht herauszugeben hat. Wenn z. B. der gutgläubige Erbschaftsbesitzer in der Erbschaft vorgefundenes oder von Schuldnern der Erbschaft erhaltenes Geld zinsbar ausleiht, so kommen ihm die Zinsen zu statten, während er dem Erben von dem Werthe des Ausgeliehenen, für welchen er haftet,

Verbrauchbare Sachen.

Zinsen nur von dem Zeitpunkte an zu entrichten hat, in welchem er in Verzug gerathen ist. Allein diese Folge muß bei den Vorzügen, welche die Regelung im Uebrigen hat, hingenommen werden, und sie dürfte nicht einmal für alle Fälle der Rechtfertigung entbehren, wie zum § 2084 zu erörtern sein wird.

Möglich wäre es, in der Weise zu regeln, daß, wenn der Erbe das von dem Erbschaftsbesitzer vorgenommene, sich auf einen Erbschaftsgegenstand beziehende Rechtsgeschäft genehmige, das Verhältniß zwischen dem Erben und dem Erbschaftsbesitzer in Ansehung dieses Geschäftes so beurtheilt werde, wie wenn der Erbschaftsbesitzer das Geschäft für den Erben als Geschäftsführer ohne Auftrag vorgenommen hätte. Allein es würde befremdend sein, wenn die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag auf den vorliegenden Fall übertragen würden, obwohl die Voraussetzungen für die Annahme einer solchen nicht gegeben sind. Bei Annahme dieses Grundsatzes würden wohl auch noch weitere Vorschriften erforderlich sein. Zudem weicht das sachliche Ergebniß kaum wesentlich ab von dem Ergebnisse bei Annahme des Surrogationsgrundsatzes. Allerdings würde durch jene Regelung klargestellt, daß der Erbe, welcher von dem Erbschaftsbesitzer die Uebertragung desjenigen fordert, was dieser durch ein auf die Erbschaft sich beziehendes Rechtsgeschäft erworben hat, zugleich gehalten ist, den Erbschaftsbesitzer von den Verpflichtungen zu befreien, welche der letztere gegenüber dritten Personen überkommen hat. Indessen ist es selbstverständlich, daß der Erbe, wenn er das betreffende Geschäft des Erbschaftsbesitzers (wie vorausgesetzt wird) genehmigt, gegen den Dritten nicht vorgehen kann und daß in einem solchen Falle auch der Dritte nicht mehr mit Ansprüchen, welche auf den Mangel des Erbrechtes sich gründen, gegen den Erbschaftsbesitzer auftreten kann (vergl. §§ 266, 310, 312, 830, 876). Um die Verwickelungen, zu welchen die Surrogation Anlaß giebt, zum Theil abzuschneiden, bedarf es einer solchen Vorschrift deshalb nicht, weil das gleiche Ergebniß durch die Vorschrift in Ansehung der verbrauchbaren Sachen erreicht wird.

Nutzungen.

Unter Nr. 4 wird für die Universalklage eine weitere Abweichung bestimmt von demjenigen, was sich bei Anstellung der Einzelklage ergeben würde. Der mit der Einzelklage belangte Erbschaftsbesitzer würde nach dem § 930 die von Erbschaftssachen gezogenen Nutzungen, soweit sie in Früchten bestehen, nicht herauszugeben haben, auch wegen der etwa eingetretenen Bereicherung in keiner Weise haften. In Ansehung anderer Erbschaftsgegenstände würde sich bei Geltendmachung des Bereicherungsanspruches ein Anderes ergeben (vergl. §§ 748, 761). Die Vorschrift bezweckt, zu erreichen, daß ein solcher kaum zu rechtfertigender Unterschied bei der Erbschaftsklage nicht bestehe. Von den Nutzungen der Erbschaftssachen soll das Gleiche gelten wie von den übrigen Erbschaftsgegenständen. Wegen Herausgabe der Bereicherung bestimmt der § 2083. Auch nur dem redlichen Erbschaftsbesitzer die durch Fruchtziehung gewonnene, unter Umständen sehr bedeutende Bereicherung zu belassen, wäre unbillig. Entsprechend bestimmen auch das gemeine Recht[1]), das bayr. L. R. III, 1 § 9 Nr. 11, etwas abweichend das sächs. G. B. § 2308 und Mommsen § 312. Der zufälligen Zusammensetzung der Erbschaft aus Sachen oder Rechten darf

[1]) Windscheid § 612 Anm. 5; Roth § 395 Anm. 62.

ein Einfluß auf den Umfang des Herausgabeanspruches des Erben nicht beigemessen werden. Den Erbschaftsbesitzer aber in Ansehung der Nutzungen allgemein zu begünstigen, verbietet sich schon aus Rücksicht auf die Nachlaßgläubiger. Die Gründe, auf welchen der § 930 beruht (Motive zum Sachenrechte S. 401 ff.), treffen in Ansehung des Erbschaftsanspruches nicht zu. Der Erbschaftsbesitzer muß mit Rücksicht auf die Erbschaftsgläubiger die Erbschaft und die Nutzungen als ein Ganzes zusammenhalten. Er muß darauf gefaßt sein, daß, wenn sein Erbrecht sich als nicht bestehend erweist, ihm das zusammenzuhaltende Ganze von dem wirklichen Erben, welcher für die Erbschaftsschulden haftet, abgefordert werde. Der redliche Besitzer der einzelnen Sache würde dagegen, wenn er auch die gezogenen Nutzungen herauszugeben hätte, ganz anders getroffen werden; er würde eine solche Haftung in keiner Weise erwarten können; es wäre deshalb hart, ihn dazu zu verpflichten. Die Vorschrift steht also mit dem § 761 im Einklange.

Der Zusatz am Schlusse „auch insoweit, als sie nicht zu den unter Nr. 2 bezeichneten Gegenständen gehören" bezweckt, eine Verdunkelung der Vorschrift unter Nr. 2 zu verhindern.

Vorenthalten des Surrogates.

Einer besonderen Klarstellung, daß schon das Vorenthalten des Surrogates seitens des Erbschaftsbesitzers genügt, um den Erbschaftsanspruch zu begründen, bedarf es nicht. Soweit nach dem § 2081 Nr. 3 Surrogation Platz greift, unterliegt als Erbschaftsbesitzer auch derjenige dem Erbschaftsanspruche, welcher auf Grund eines von ihm beanspruchten Erbrechtes über einen Erbschaftsgegenstand verfügt. Hat der Erbschaftsbesitzer von einem Erbschaftsgegenstande Nutzungen gezogen, so führt der § 2081 Nr. 4 zu einem gleichen Ergebnisse.

Hat aber Jemand auf Grund eines in Anspruch genommenen Erbrechtes, ohne Erbschaftsgegenstände hinter sich zu haben, über einen Erbschaftsgegenstand verfügt, so wird die Zulässigkeit der Erbschaftsklage dann nicht zu verneinen sein, wenn die Verfügung (auf Grund eines Erbscheines u. s. w.) gegen den Erben wirksam ist. Alsdann liegt eine den Erben benachtheiligende Einmischung vor, welche den Erbschaftsanspruch und insbesondere die im § 2082 bestimmte Auskunftspflicht rechtfertigt. Eine besondere Vorschrift hierüber ist entbehrlich, da nach dem § 2080 der Erbschaftsanspruch zulässig ist, wenn nur ein Erbschaftsgegenstand auf Grund des in Anspruch genommenen Erbrechtes „vorenthalten" wird.

Ob der Erbschaftsanspruch dem Erben auch dann zusteht, wenn Jemand zwar über einen Erbschaftsgegenstand verfügt hat, die Verfügung aber gegen den Erben nicht wirksam ist, bedarf einer besonderen Entscheidung im Gesetze nicht, soweit eine Entscheidung nicht der Nr. 3 zu entnehmen ist.

§ 2082.

III. Auskunftspflicht.

Daß der Erbschaftsbesitzer, soweit er herausgabepflichtig ist, auch manifestationspflichtig ist, bestimmt schon der § 777. Der § 2082 ordnet aber noch eine besondere Auskunftspflicht des Erbschaftsbesitzers an, welche der § 777 nicht ergiebt, sondern voraussetzt.

Der Erbe hat offenbar ein großes Interesse daran, zu erfahren, was aus den nicht mehr vorhandenen Erbschaftsgegenständen geworden ist, wie der Erbschaftsbesitzer über dieselben verfügt und was er dafür erhalten hat. Daher ist es nur angemessen, dem Erbschaftsbesitzer die Verpflichtung aufzuerlegen, über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände und deren Verbleib Auskunft zu ertheilen. Ein besonderer Hinweis auf die Anwendbarkeit des § 777 ist entbehrlich.

Auskunftspflicht Dritter, in der Wohnung sich Befindender, u. s. w.

Eine entsprechende Verbindlichkeit auch demjenigen aufzuerlegen, welcher, ohne Erbschaftsbesitzer zu sein, einen zur Erbschaft gehörenden, nicht in der Inhabung eines Dritten befindlichen Gegenstand vor dem Erben und ohne dessen Willen in Besitz oder Inhabung genommen hat, oder demjenigen, welcher in den Wohnungs- oder Wirthschaftsräumen des Erblassers zur Zeit des Erbfalles gewohnt hat, ist für bedenklich erachtet. Die Härte, welche in der Manifestationspflicht liegt, der Verdacht der Unredlichkeit, welcher mehr oder minder die Grundlage einer solchen Vorschrift bilden würde, und die naheliegende Gefahr des Mißbrauches der Befugniß seitens des wirklichen Erben lassen es dringend geboten erscheinen, die Verpflichtung nur da aufzuerlegen, wo ein wirklich zwingendes Bedürfniß sich geltend macht. Ein solches Bedürfniß kann in Ansehung desjenigen, welcher, ohne ein Erbrecht zu beanspruchen, einen nicht in der Inhabung eines Dritten befindlichen Erbschaftsgegenstand vor dem Erben und ohne dessen Willen in Besitz oder Inhabung genommen hat, nicht anerkannt werden, ganz abgesehen davon, daß, wenn die Manifestationspflicht für einen solchen Fall eintreten sollte, auch der Dieb oder Räuber für manifestationspflichtig zu erklären sein würde. Noch weniger gerechtfertigt erscheint die Manifestationspflicht solcher Personen, welche in den Wohnungs- oder Wirthschaftsräumen des Erblassers zur Zeit des Todes desselben gewohnt haben, obgleich die preuß. A. G. O. I, 22 § 29 eine derartige Vorschrift enthält. Der Umstand, daß eine Person zur Zeit des Todes des Erblassers in den bezeichneten Räumen gewohnt hat, kann für sich allein und ohne den Nachweis, daß diese Person sich als Geschäftsführer verhalten oder sonst durch ihre Handlungen sich auskunftspflichtig gemacht hat, die Belastung mit der Manifestationspflicht nicht rechtfertigen. Die Konk. O. hat gleichfalls entsprechende Vorschriften nicht aufgenommen (§ 115 und Mot. dazu S. 346).

§ 2083.

IV. Bereicherungsanspruch.

Der § 2083 handelt nach dem Zusammenhange und seiner Stellung nicht davon, wann der Erbschaftsanspruch begründet ist, bestimmt vielmehr, daß, wenn und soweit dies der Fall und der Erbschaftsbesitzer zur Herausgabe außer Stande ist, die Vorschriften des § 739, des § 740 Abs. 1 und des § 741 Abs. 2 entsprechende Anwendung finden sollen.

Daß die Vorschriften über Bereicherung ohne Rechtsgrund in diesem Falle Anwendung fänden, läßt sich in Ermangelung einer besonderen Entscheidung bezweifeln. Zudem gewinnt der Entwurf durch die Aufnahme der Vorschrift an Klarheit und wird erreicht, daß dem § 2087 die ihm zukommende Bedeutung beigelegt werde. Entgegengetreten wird ferner der Auffassung, der

Erbschaftsanspruch sei nur ein auf die gesammte Erbschaft erstreckter Bereicherungsanspruch, während derselbe sich als ein Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft darstellt, welcher jedoch in dem bezeichneten Falle aus besonderen Gründen seinem Inhalte nach auf die Bereicherung gemindert wird. Die abgelehnte Auffassung führt übrigens im Wesentlichen zu dem gleichen Ergebnisse. Nur für den seltenen Fall, daß der Erbschaftsbesitzer einen Erbschaftsgegenstand noch hat, aber wegen sonst gemachter Aufwendungen durch das Behalten des Gegenstandes noch nicht oder doch nur eben gedeckt, also nicht bereichert ist, würde sich eine etwas abweichende Beurtheilung ergeben.

Die Vorschrift kann als zu eng bemängelt werden im Hinblicke auf den Fall, daß der Erbschaftsbesitzer im Stande ist, herauszugeben, aber durch die Erbschaft einen Verlust erlitten hat. Der Grundsatz des § 2087 könnte es rechtfertigen, den Erbschaftsbesitzer vor einem solchen Verluste zu schützen. Allein, würde vorgeschrieben, der Erbschaftsbesitzer sei, falls er zur Herausgabe im Stande, die Bereicherung aber vor Eintritt der Rechtshängigkeit oder vor dem Zeitpunkte, in welchem er Kenntniß davon erlangte, daß er nicht der Erbe sei, weggefallen ist, nur gegen Ersatz des Verlustes, welchen er anderenfalls erleiden würde, zur Herausgabe verpflichtet, oder, wie es wohl auch ausgedrückt werden könnte, jede Vermögenseinbuße, welche der Erbschaftsbesitzer durch den Erbschaftsbesitz erlitten habe, solle als Verwendung gelten, so würde dies zu weit führen. Darin könnte ein Anerkenntniß des Grundsatzes gefunden werden, dem Erbschaftsbesitzer dürfe es nicht zum Nachtheile gereichen, wenn er etwas aus seinem Vermögen deshalb eingebüßt habe, weil er Erbe zu sein glaubte. Ein solcher Grundsatz ist, mindestens in seiner Allgemeinheit, weder dem gemeinen Rechte (vergl. l. 25 §§ 12—16 D. 5, 3) noch einem anderen in Deutschland geltenden Rechte bekannt. Ob der § 739 Abs. 2 eine solche Tragweite hat, kann auf sich beruhen, da die Auffassung abgelehnt ist, der Erbschaftsanspruch sei ein auf die Erbschaft erstreckter Bereicherungsanspruch. Die Folgen der bezeichneten Vorschrift würden auch zu unbilligen Ergebnissen führen. Der Billigkeit würde es z. B. nicht entsprechen, wenn ein Erbschaftsbesitzer, welcher Beamter ist und sein Amt deshalb niedergelegt hat, weil er anderweiter Einkünfte mit Rücksicht auf die erhebliche Erbschaft nicht mehr zu bedürfen glaubte, berechtigt sein sollte, falls er das Amt nicht wieder erlangen kann, die Erbschaft bis zum Ersatze dieser Vermögenseinbuße zurückzubehalten.

Hat der Erbschaftsbesitzer eine nicht bestehende Erbschaftsschuld aus seinem Vermögen getilgt, so hat er, sofern er über das Bestehen der Schuld in einem Irrthume sich befand, den Anspruch wegen Leistung einer Nichtschuld. Wußte er, daß die Schuld nicht bestand und leistete er trotzdem, so hat er etwas aus seinem Vermögen verschenkt. Der Erbe kann dadurch in seinen Rechten nicht berührt werden.

Von dem § 741 Abs. 2 ist nicht ausschließlich der erste Satz angezogen, obschon dasjenige, was der zweite Satz des § 741 Abs. 2 bestimmt, schon aus dem § 2085 sich ergiebt. Wenngleich scheinbar dasselbe zweimal bestimmt wird, so ist doch die Weglassung des Allegates des zweiten Satzes nicht rathsam; es könnte sonst die irrige Auffassung hervorgerufen werden, im Falle des § 2083 finde die Vorschrift des § 2085 keine Anwendung.

§ 2084.

V. Verwendungen.

Der § 2084 befaßt sich mit den Verwendungen des Erbschaftsbesitzers. Der Erbschaftsbesitzer soll zur Herausgabe nur gegen Vergütung aller Verwendungen verpflichtet sein (Abs. 1; vergl. § 740 Abs. 3). Dadurch wird der Erbschaftsbesitzer ungleich günstiger gestellt als der mit der Eigenthumsklage in Anspruch genommene Besitzer (vergl. §§ 936—938).

Die Stellung des Erbschaftsbesitzers ist aber auch eine wesentlich andere als die desjenigen, gegen welchen der Eigenthumsanspruch auf Herausgabe einer Sache geltend gemacht wird. Der Erbschaftsbesitzer geht davon aus, die Erbschaft gehöre ihm in allen ihren Bestandtheilen; er richtet danach alle seine Maßnahmen ein. Sein guter Glaube bezieht sich auf die Gesammtheit der Erbschaft; er verdient daher die Rücksichtnahme, daß er im Allgemeinen aus dem Erbschaftsbesitze, wie keinen Vortheil (vergl. S. 583), so keinen Nachtheil haben soll.

Derselbe Gesichtspunkt, welcher dafür bestimmend gewesen ist, dem Erbschaftsbesitzer die gezogenen Nutzungen nicht zu belassen (§ 2081 Nr. 4), führt auch dazu, dem Erbschaftsbesitzer ein Recht auf Erstattung aller Verwendungen zu geben, unbeschadet der im Falle des § 2085 sich ergebenden Modifikationen[1]).

Für eine Beschränkung des Rechtes des Erbschaftsbesitzers auf Vergütung von Verwendungen dahin, daß das Recht ihm nur insoweit zustehe, als er nicht durch die ihm aus der Erbschaft verbleibenden Vortheile bereichert sei, läßt sich geltend machen, der Erbschaftsbesitzer vermöge durch eine Verfügung über verbrauchbare Sachen sich andere Vortheile als Nutzungen (zu deren Herausgabe er also nicht verpflichtet sei) zu verschaffen. Allein eine solche Beschränkung wäre schon deshalb nicht rathsam, weil sie die Auslegung des § 740 Abs. 1, mindestens durch Gewährung eines argumentum e contrario, beeinflussen würde. Hat der Erbschaftsbesitzer z. B. zu der Erbschaft gehörendes Geld verzinslich angelegt, so hat er dasselbe nicht mehr. Daher findet der § 2083 Anwendung; nach diesem sollen aber die Vorschriften der §§ 739, 740 Abs. 1 zur entsprechenden Anwendung gelangen. Nach dem § 740 Abs. 1 erstreckt sich die Verpflichtung des Empfängers auch auf dasjenige, was er aus dem Geleisteten, hier dem „Erbschaftsgelde", erworben hat. Ob auch der indirekte und rechtsgeschäftliche Erwerb herauszugeben ist, ist im § 740 nicht ausdrücklich entschieden, vielmehr der Entscheidung durch Praxis und Wissenschaft überlassen (Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 838, 839). Dieser Entscheidung würde durch Aufnahme einer derartigen Beschränkung des Rechtes auf Vergütung von Verwendungen vorgegriffen, da dieselbe dahin zu verstehen sein würde, der Erbschaftsbesitzer habe die gezogenen Zinsen nicht herauszugeben. Dahingestellt bleiben kann, ob es nicht sogar gerechtfertigt ist, daß der Erbe die Zinsen erhält, da er die Gefahr des von dem Erbschaftsbesitzer angelegten Geldes trägt, weil der letztere, wenn das Kapital verloren geht, wegen Wegfalles der Bereicherung nichts mehr zu leisten hat. Die Beschränkung des Verwendungsanspruches des Erbschaftsbesitzers könnte aber sehr wohl dahin

[1]) Sächs. G. B. §§ 2315—2317; Mommsen § 315; Unger § 52 Anm. 10.

verstanden werden, daß auch der Erbe nur die Anrechnung auf Verwendungen des Erbschaftsbesitzers zu verlangen befugt sei.

Tilgung einer Nachlaßverbindlichkeit.

Daß als Verwendung insbesondere die Tilgung einer Nachlaßverbindlichkeit gilt (Abs. 2), also nicht allein die Tilgung einer schon in der Person des Erblassers entstandenen Verbindlichkeit, sondern auch einer anderen Verbindlichkeit, welche für den Erben aus der Erbfolge entstanden ist (vergl. § 2092 Abs. 2), bedarf in sachlicher Hinsicht einer Rechtfertigung nicht. Die Aufnahme der Vorschrift ist aber geboten, weil die Tilgung einer Verbindlichkeit der bezeichneten Art an sich nicht eine Verwendung auf die Erbschaft, sondern eine aus Anlaß des Erbschaftsbesitzes gemachte Aufwendung ist. Unter die Tilgung einer Nachlaßverbindlichkeit fällt nach dem § 2092 Abs. 2 auch die Berichtigung eines Pflichttheilsanspruches, eines Vermächtnisses oder einer Auflage; diese besonders zu erwähnen, ist also nicht erforderlich.

Selbständiger Ersatzanspruch.

Dem Erbschaftsbesitzer einen selbständigen Ersatzanspruch wegen der Verwendungen zu geben, kann für den Fall, daß er die Erbschaft ohne Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes dem Erben herausgegeben hat, angemessen erscheinen. Allein ein solcher Anspruch würde praktisch von geringer Bedeutung sein, da er lediglich für diejenigen Fälle von Werth sein könnte, in welchen der Erbschaftsbesitzer bei der Herausgabe sich in Unkenntniß über gemachte Verwendungen befand oder die Verwendungen übersehen hat. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob in dem ersteren Falle nicht vielleicht ein Bereicherungsanspruch wegen Leistung einer Nichtschuld begründet sein würde (vergl. jedoch Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 832 ff.). Die Abminderung des Rechtes des Erbschaftsbesitzers auf ein Zurückbehaltungsrecht steht aber auch im engsten Zusammenhange mit der großen Ausdehnung des dem Erbschaftsbesitzer in dieser Hinsicht beigelegten Rechtes. Ihm müssen alle Verwendungen erstattet werden, ohne Rücksicht darauf, ob der Erbe durch dieselben bereichert ist oder nicht. Dies läßt sich nur rechtfertigen, wenn der Erbschaftsbesitzer zugleich genöthigt wird, vor der Herausgabe mit seinen Ansprüchen hervorzutreten. Daß der Erbschaftsbesitzer in den §§ 2085, 2086 wesentlich besser gestellt wird in Ansehung der Verwendungen, welche er nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit oder nach erlangter Kenntniß, daß er nicht der Erbe sei, gemacht hat, läßt sich nicht behaupten. Die für diesen Fall als anwendbar erklärten § 936 Abs. 1, § 938 stellen den Erbschaftsbesitzer vielmehr umgekehrt bei Weitem ungünstiger, wenngleich dort sein Ersatzanspruch nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht eingeschränkt ist. Uebrigens ist in gleicher Weise bei dem Bereicherungsanspruche (vergl. § 740 Abs. 3, § 741 Abs. 2) unterschieden und es würde nicht rathsam sein, in Ansehung des Erbschaftsanspruches in dieser Hinsicht von der Regelung für den Bereicherungsanspruch abzuweichen. Sollten aber jene Vorschriften eine andere Auffassung zulassen, so würde das Gleiche auch in Ansehung des Erbschaftsanspruches von selbst sich ergeben, ohne daß es hier einer besonderen Vorschrift bedürfte. Vorschriften darüber, ob bei dem Bereicherungsanspruche in Ansehung der Verwendungen, welche vor der Rechtshängigkeit oder vor erlangter Kenntniß von dem Rechte des Leistenden gemacht sind, ein Erstattungsanspruch nur nach der Herausgabe der Bereicherung zulässig sei, würden in das Gebiet der Kasuistik fallen.

§ 2085.

VI. Haftung bei mala fides rc.

Die Haftung des Erbschaftsbesitzers kann nicht die gleiche sein, sobald er weiß, daß er nicht der Erbe ist. Abgesehen von dem Falle des Verzuges und von dem Falle einer unerlaubten Handlung, für welche der § 2086 vorsieht, soll nach dem § 2085 den Erbschaftsbesitzer nach erlangter Kenntniß, daß er nicht der Erbe ist, oder nach dem Eintritte der Rechtshängigkeit eine Haftung in den in der Vorschrift bezeichneten Richtungen so treffen, wie den mit dem Eigenthumsanspruche belangten Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit dieses Anspruches an. Die Fassung schließt sich an den § 931 Abs. 1 und an die §§ 933, 244 an. Die Vorschriften über den Eigenthumsanspruch können nur für entsprechend anwendbar erklärt werden. Daß sie unmittelbar Anwendung leiden, soweit es sich um Sachen handelt, welche von Anfang an zur Erbschaft gehören und herauszugeben sind, ist selbstverständlich. Die herauszugebende Erbschaft besteht jedoch nicht ausschließlich aus solchen Sachen; zudem kommt nach dem § 2081 die Surrogation in Betracht.

Erwerb durch strafbare, wenn auch nur fahrlässige Handlung.

Eine besondere Vorschrift in Ansehung des im § 931 Abs. 2 geregelten Falles ist entbehrlich. Dort handelt es sich um eine Erweiterung der Herausgabeverpflichtungen des Sachbesitzers, welcher den Besitz durch eine strafbare, wenn auch nur auf Fahrlässigkeit beruhende Handlung erlangt hat. Ob und inwieweit derartige Handlungen in Bezug auf eine Erbschaft vorkommen können, kann dahingestellt bleiben. Der Erbschaftsbesitzer ist jedenfalls schon nach dem § 2081 Nr. 4 zur Herausgabe der Nutzungen verpflichtet.

Aus der Erbschaft verbliebene Vortheile.

Bei der strengen Haftung, welche von dem bezeichneten Zeitpunkte an den Erbschaftsbesitzer trifft, kann auf den wegen der Verwendungen zu ersetzenden Betrag nicht noch der Geldwerth der dem Erbschaftsbesitzer aus der Erbschaft verbliebenen Vortheile, welche nicht unter den Begriff der Nutzungen fallen, in Abzug gebracht werden. Dazu ist um so weniger Anlaß, als auch dem redlichen Erbschaftsbesitzer, wie S. 584, 585 dargelegt, trotz der ihm eingeräumten günstigeren Stellung, eine solche Pflicht nicht auferlegt ist. Diese Vortheile können in sehr mittelbarer Weise erwachsen sein. Zudem würde nicht ohne Zweifel sein, was unter solchen „aus der Erbschaft verbliebenen Vortheilen" zu verstehen ist.

§ 2086.

VII. Verzug. Unerlaubte Handlung.

Für den Fall des Verzuges des Erbschaftsbesitzers sowie für den Fall, daß dieser den Besitz oder die Inhabung durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung sich verschafft hat, werden die §§ 934, 935 für entsprechend anwendbar erklärt.

Es könnte gerechtfertigt erscheinen, den Erbschaftsbesitzer, welcher von Anfang an weiß, daß er nicht der Erbe ist, im Anschlusse an den § 741 Abs. 1 unbeschränkt nach Maßgabe der Vorschriften über Schadensersatz aus unerlaubter Handlung haften zu lassen. Allein auch einem solchen Erbschaftsbesitzer fällt nicht immer eine strafbare oder vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung zur Last, so namentlich nicht dann, wenn er schon vor dem Erbfalle im Besitze der Erbschaft gewesen ist, oder wenn das Nachlaßgericht oder der Testamentsvoll-

strecker ihm die Erbschaft ausgeantwortet haben. Würde ein solcher Erbschaftsbesitzer nach den bezeichneten strengen Grundsätzen beurtheilt, so müßten sich große Härten ergeben, welche der Rechtfertigung entbehren würden. In dieser Hinsicht ist insbesondere auf die einen solchen Erbschaftsbesitzer schwer belastenden Vorschriften der §§ 716, 717 (Haftung für zufälligen Untergang oder zufällige Verschlechterung, Entziehung von bestimmtem Gelde) hinzuweisen.

§ 2087.

VIII. Universalanspruch.

Die Nothwendigkeit der schon in der Vorbemerkung (S. 577) als wesentlich bezeichneten Vorschrift, durch welche der Erbschaftsanspruch in Ansehung der Verwendungen und der Beurtheilung, ob eine Bereicherung vorliegt, als ein Universalanspruch karakterisirt wird, erhellt von selbst in Ansehung solcher Verwendungen, welche von dem Erbschaftsbesitzer überhaupt nicht in Beziehung auf einen einzelnen Erbschaftsgegenstand gemacht sind. Aber auch sonst würde es sich nicht rechtfertigen lassen, den Anspruch des Erbschaftsbesitzers auf Ersatz von Verwendungen davon abhängig zu machen, ob der einzelne Gegenstand, in Ansehung dessen eine Verwendung stattgefunden hat, bei der Herausgabe der Erbschaft noch vorhanden ist oder nicht. Zu demselben Ergebnisse führt die Erwägung, daß jede Verwendung, gleichviel auf welchen Gegenstand sie gemacht ist, eine entsprechende Minderung der Bereicherung in sich schließt.

Noch weniger kann es zweifelhaft sein, daß in Ansehung der Frage, ob der Erbschaftsbesitzer bereichert ist, die Erbschaft als ein Ganzes in Betracht gezogen werden muß.

§ 2088.

IX. Exceptione singulis etc.

Dem S. C. Juventianum[1]) liegt bereits der Gedanke zu Grunde, daß dem Erben, welchem sowohl die Einzelklage als die Erbschaftsklage zu Gebote steht, nicht gestattet sein kann, durch Anstellung der Einzelklage den Erbschaftsbesitzer in eine ungünstigere Rechtslage zu bringen, als diejenige ist, welche sich ergeben würde, wenn er mit der Erbschaftsklage belangt worden wäre. Diesen Gedanken nimmt auch der § 2088 zum Ausgangspunkte. Es erscheint innerlich gerechtfertigt und auch der Billigkeit entsprechend, dem Erbschaftsbesitzer das Recht zu gewähren, zu verlangen, daß seine Verpflichtungen auch dann, wenn die Einzelklage angestellt wird, nach Maßgabe der für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften beurtheilt werden. Eine solche Beurtheilung darf jedoch nur Platz greifen, wenn der Beklagte es verlangt, da es unter Umständen zweifelhaft sein wird, welche Behandlung für den Beklagten die vortheilhaftere ist, und ihm zu überlassen ist, welche zu wählen er für angemessen erachtet. Der Entwurf giebt daher eine Einrede im engeren Sinne. Die Einrede muß von dem Erbschaftsbesitzer erhoben werden, wenn er erlangen will, daß seine Verpflichtungen nach Maßgabe der für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften beurtheilt werden.

[1]) Windscheid § 612 Anm. 6.

Dagegen besteht kein Anlaß, dem Erben die Wahl zwischen der Erbschaftsklage und der Einzelklage zu versagen[1]). Das Interesse des Erbschaftsbesitzers wird durch die ihm gewährte Einrede voll gewahrt und andere hinreichende Gründe, um den Erben in seinen Rechten zu beschränken, liegen nicht vor. Eine Anomalie kann darin nicht gefunden werden, daß das durch Erbfolge erworbene Recht von dem Erben auf verschiedene Weise geltend gemacht werden kann.

Wahl zwischen Einzelklage und Erbschaftsanspruch.

Der mit der Einzelklage in Anspruch genommene Erbschaftsbesitzer hat darzuthun, daß er Erbschaftsbesitzer sei. Ueber die Beweislast kann ein Zweifel nicht obwalten.

Beweislast.

Ablehnung weiterer Vorschriften.

Weitere Vorschriften über den Erbschaftsanspruch sind nicht aufgenommen. Als solche, deren Aufnahme mit Rücksicht auf den Vorgang anderer Gesetzgebungen in Frage kommen könnte, sind zu erwähnen:

I. Die allgemeine Verweisung auf den Eigenthumsanspruch[2]). Für eine solche besteht kein Bedürfniß, nachdem der Entwurf in Ansehung der Nutzungen und der Verwendungen selbständige Vorschriften aufgenommen hat, das Institut des fictus possessor und das der laudatio auctoris aber auch bei der Eigenthumsklage zu besonderen Vorschriften keinen Anlaß gegeben haben (vergl. Motive zum Sachenrechte S. 397, 428).

Verweisung auf den Eigenthumsanspruch.

II. Vorschriften über den Beweis des Erbschaftsanspruches[3]).

Beweis des Erbschaftsanspruches.

Darüber, daß der Erbe den Eintritt des Erbfalles sowie die Thatsachen, auf welchen seine Berufung zur gesetzlichen Erbfolge beruht, ferner die Vorenthaltung eines Erbschaftsgegenstandes zu beweisen hat, sind gegenüber dem § 193 besondere Vorschriften nicht erforderlich. Für eine Entscheidung in der Richtung, daß derjenige, welcher als gesetzlicher Erbe den Erbschaftsanspruch erhebt, nicht zu beweisen habe, es seien andere Personen, welche sein Recht ausschließen oder beschränken würden, nicht vorhanden, läßt sich geltend machen, daß in der Rechtswissenschaft Meinungsverschiedenheiten bestehen, insbesondere über die Frage, ob ein solcher Erbe nur seine Verwandtschaft überhaupt zu beweisen oder darzuthun habe, daß er der nächstberechtigte gesetzliche Erbe sei. Allein diese Zweifel werden sich unter Berücksichtigung der §§ 4, 2054 lösen lassen und etwas von diesen Vorschriften Abweichendes zu bestimmen, liegt kein genügender Anlaß vor. Der Wissenschaft vorzugreifen, würde nur gerecht-

[1]) Windscheid § 616 Anm. 1; Brinz § 400 Anm. 68; Roth § 395 Anm. 90; sächs. G. B. § 2318; Mommsen § 320 (dessen Mot. S. 348—350).

[2]) Sächs. G. B. § 2291; österr. G. B. § 824; Mommsen § 300; hess. Entw. Art. 241.

[3]) Windscheid § 615; Roth § 395 S. 831—835; sächs. G. B. §§ 2294—3000; thüring. Erbgesetze; Mommsen §§ 303—308 (dessen Mot. S. 335—339); für preuß. A. L. R. Dernburg § 230 Nr. 5. In Ansehung der gesetzlichen Erben vergl. Seuffert's Arch. 1 Nr. 258, 9 Nr. 314, 315, 12 Nr. 305, 14 Nr. 149, 16 Nr. 130, 254, 20 Nr. 78, 27 Nr. 40, 28 Nr. 38, u. A.

fertigt sein, wenn dies im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich wäre. Ein solches Bedürfniß kann als vorhanden nicht anerkannt werden, selbst wenn berücksichtigt wird, daß nicht allein der Beweis für den Erbschaftsanspruch, sondern auch der Beweis der Erbeslegitimation gegenüber Erbschaftsschuldnern u. s. w. in Betracht kommt.

Vermuthung in Ansehung des Nichtüberlebens.

Ebensowenig wäre eine Vorschrift an dieser Stelle angemessen, durch welche eine Vermuthung aufgestellt würde, daß eine Person, deren Tod gewiß, deren Todeszeit aber ungewiß ist, den Erblasser dann nicht überlebt habe, wenn ihr die Erbschaft angefallen sein würde, falls sie den Erblasser überlebt hätte. In Uebereinstimmung mit der bereits S. 491 vertretenen Auffassung ist eine auf den Erbschaftsanspruch beschränkte Vorschrift solchen Inhaltes nicht für erforderlich erachtet. Aus den dort dargelegten Gründen verdient es den Vorzug, es bei demjenigen zu belassen, was sich aus den allgemeinen Grundsätzen in Verbindung mit dem § 4 Abs. 2 ergiebt (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 31).

Verhältniß der Nachlaßgläubiger zu den Prätendenten.

III. Vorschriften über das Rechtsverhältniß von Gläubigern des Erblassers, Pflichttheilsberechtigten und Vermächtnißnehmern zu den Erbschaftsprätendenten während der Dauer des Rechtsstreites über den Erbschaftsanspruch[1]).

Sind mehrere Erbprätendenten vorhanden, so ist nach allgemeinen Grundsätzen den Gläubigern und den ihnen hierin gleichstehenden Pflichttheilsberechtigten und Vermächtnißnehmern unbenommen, sich mit ihren Ansprüchen an denjenigen zu wenden, welchen sie für den Erben halten und dessen Eigenschaft als Erben zu beweisen sie im Stande sind. In dieser Beziehung einzugreifen, besteht kein Anlaß. Für den Fall, daß der in Anspruch Genommene zwar die Erbschaftsklage erhoben hat, aber nicht Erbschaftsbesitzer ist, zu bestimmen, von einem solchen könne Befriedigung nur gegen Sicherheitsleistung verlangt werden, ist nicht erforderlich, wenngleich das röm. Recht in dieser Hinsicht keineswegs klar ist. An sich liegt darin, daß der Streit über das Erbrecht in das Stadium des Prozesses getreten ist, noch kein genügender Grund, die Erbschaftsgläubiger gegenüber einem der Erbprätendenten in eine ungünstigere Lage zu versetzen, als gegenüber dem anderen. Dies wäre um so bedenklicher, als es damit allen denjenigen, welchen bereite Mittel zur Sicherheitsleistung nicht zur Verfügung stehen, unmöglich gemacht würde, für die vielleicht lange Dauer des Prozesses sich an den wirklichen Erben, der nicht Erbschaftsbesitzer ist, zu halten. Zudem wird der vorausgesetzte Fall verhältnißmäßig selten vorkommen, da nach der Begriffsbestimmung des Erbschaftsbesitzers im § 2080 in vielen Fällen beide Erbprätendenten Erbschaftsbesitzer sein werden.

Rückforderungsanspruch des Unterliegenden.

Noch weniger besteht ein Anlaß, in Ansehung des Rückforderungsanspruches des unterliegenden Prätendenten gegenüber den von ihm befriedigten Gläubigern, Pflichttheilsberechtigten oder Vermächtnißnehmern, etwas Besonderes zu bestimmen. Der Erbschaftsbesitzer ist durch den § 2084 in Ansehung der

---

[1]) Windscheid § 616 Nr. 2; Roth § 395 Anm. 92, 93; bayr. L. R. III, 1 § 9 Nr. 17; preuß. A. L. R. I, 12 § 295, Dernburg § 145 Anm. 5, Koch, Erbrecht S. 467 ff.; für bad. Recht Jahrb. des bad. O. H. G. 3 S. 145, 6 S. 375, 379.

Verwendungen, zu welchen nach dem Abs. 2 daselbst auch die Tilgung einer Nachlaßverbindlichkeit gehört, in ausreichendem Maße geschützt. Abgesehen davon, fehlt es an einem Grunde, dem unterliegenden Erbprätendenten den Bereicherungsanspruch wegen Leistung einer Nichtschuld gegenüber befriedigten Gläubigern u. s. w. zu versagen, soweit derselbe nach den allgemeinen Grundsätzen ihm zusteht. Rechnet der unterliegende Erbschaftsbesitzer dem Erben die getilgte Schuld als Verwendung an, so entfällt freilich für ihn das Rückforderungsrecht. Wenn und solange eine solche Anrechnung nicht erfolgt ist, kann ihm das Rückforderungsrecht nicht entzogen werden, soweit nicht besondere Umstände hinzutreten. Hat er die Erbschaft ohne Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes ausgefolgt oder ist der Erbe in Abnahme der Erbschaft säumig oder läßt sich schwer übersehen, ob die Erbschaft schließlich zur Deckung des Erbschaftsbesitzers ausreichen werde, so ist das Rückforderungsrecht für den unterlegenen Erbschaftsbesitzer sogar von erheblicher Bedeutung.

Rechtskräftiges Urtheil. Vergleich.

IV. Vorschriften über die Wirkung des in dem Erbschaftsstreite ergangenen rechtskräftigen Urtheiles oder eines Vergleiches zwischen dem Erbprätendenten gegenüber Gläubigern, Pflichttheilsberechtigten oder Vermächtnißnehmern sowie Schuldnern des Erblassers[1]). In Frage könnten nur kommen Vorschriften in der Richtung, ob der Erbschaftskläger oder der Erbschaftsbeklagte der Erbe sei. Eine Rückwirkung in Ansehung der vor dem Urtheile oder dem Vergleiche liegenden Handlungen würde sich nicht rechtfertigen lassen. Verschiedene Auffassungen sind denkbar. Es kann aufgestellt werden, durch das Urtheil solle für und gegen die Erbschaftsgläubiger als rechtskräftig festgestellt gelten, daß der obsiegende Erbschaftskläger oder Widerkläger der Erbe sei. Ferner kann davon ausgegangen werden, das Urtheil solle in Ansehung der bezeichneten Personen nur dahin wirken, daß feststehe, der im Erbschaftsstreite Unterlegene sei nicht der Erbe. Weiter könnte vielleicht vorgeschrieben werden, der im Erbschaftsstreite rechtskräftig für den Erben Erklärte dürfe gegenüber einem Nachlaßgläubiger seine Eigenschaft als Erbe nicht bestreiten.

Der Grundsatz des § 192, daß das Urtheil nur unter den Parteien und deren Rechtsnachfolgern wirksam sei, ist im Interesse des materiellen Rechtes vom Entwurfe fast durchgehends festgehalten. Ausnahmen von dem Grundsatze sind ausschließlich auf dem Gebiete des Familienrechtes gemacht (vergl. §§ 1256, 1269, 1271 Abs. 1, §§ 1477, 1478, 1632), und dort ist besondere Vorsorge getroffen zu Gunsten der Dritten, welche bei dem Rechtsstreite nicht betheiligt gewesen sind. Der § 1830 hat nur eine Wirkung für und gegen den Nacherben bestimmt.

Allerdings läßt sich Manches dafür anführen, dem in einem Erbschaftsstreite ergehenden Urtheile Rechtskraft über die Parteien hinaus beizulegen. Insbesondere hat es etwas Befremdendes, daß ein Nachlaßgläubiger den im Erbschaftsstreite Besiegten immer noch soll angreifen können, nicht minder,

---

[1]) Windscheid § 132 Nr. 3, § 584 Anm. 18, 19; Eccius § 56 Anm. 21 S. 295, Dernburg § 145 Anm. 4; Unger § 53 Anm. 7, 8; — wegen des Vergleiches noch sächs. G. B. § 2325; Mommsen § 253 (dessen Mot. S. 300, 301).

daß, wenn der Gläubiger seine Rechte gegen den Sieger verfolgt, dieser gleichwohl in der Lage ist, seine Eigenschaft als Erbe zu bestreiten, aber auch, daß der Erbschaftsschuldner einer Klage des Besiegten ausgesetzt ist, und daß der Sieger sein Erbrecht dem Schuldner noch besonders darthun soll. Allein die praktischen Unzuträglichkeiten, welche die enge Begrenzung der Rechtskraft in dieser Beziehung anscheinend mit sich bringt, werden wesentlich dadurch gemindert, daß das Urtheil, auch wenn ihm rechtlich bindende Kraft für und gegen die Nachlaßgläubiger sowie die Erbschaftsschuldner nicht beigelegt wird, nach der Natur der Dinge thatsächlich über die Parteien hinaus sich wirksam erweisen wird. Nur in besonders gestalteten Fällen wird jener Grundsatz angerufen werden. Diese besonders gestalteten Fälle, zu welchen namentlich diejenigen gehören, in welchen durch das Verhalten der Parteien materiell unrichtige Urtheile herbeigeführt sind, lassen es bedenklich erscheinen, die Ausdehnung der Rechtskraft auf die Nachlaßgläubiger und die Erbschaftsschuldner eintreten zu lassen. Diese wie jene können ein erhebliches Interesse daran haben, dem wirklichen Erben gegenüberzustehen. So ist es z. B. für den Nachlaßgläubiger keineswegs gleichgültig, ob er einen Erben vor sich hat, welchem das Inventarrecht nicht mehr zusteht, oder ob er sich an einen neuaufgetretenen Erben halten muß, von welchem jener die Erbschaft sich hat abstreiten lassen. Ebenso kann es für den Erbschaftsschuldner von Werth sein, daß er nur von dem wirklichen Erben in Anspruch genommen wird, wenn er diesem gegenüber aufzurechnen in der Lage ist. Ferner ist auch möglich, daß derjenige, welcher im Erbschaftsstreite obgesiegt hat, benachtheiligt werde, wenn das Urtheil ihm gegenüber zu Gunsten der Nachlaßgläubiger wirksam ist, z. B. dann, wenn er sich später von dem besseren Rechte des Gegners überzeugt und diesem die Erbschaft überlassen hat.

Die Mehrzahl der geltend gemachten Bedenken trifft freilich nicht zu, wenn lediglich bestimmt würde, der im Erbschaftsstreite rechtskräftig für den Erben Erklärte dürfe gegenüber einem Nachlaßgläubiger seine Eigenschaft als Erbe nicht mehr bestreiten, es sei denn, daß eine Person, welche an dem Rechtsstreite nicht theilgenommen habe, der Erbe sei. Allein eine Vorschrift dieses Inhaltes würde, zumal mit Rücksicht auf die freie Beweiswürdigung, praktisch von sehr geringer Bedeutung sein. Zudem kann dahingestellt bleiben, ob diese Folge sich nicht schon den allgemeinen Grundsätzen und der Erwägung entnehmen läßt, daß, wenn der Sieger im Erbschaftsstreite gegenüber einem Nachlaßgläubiger allein geltend macht, nicht er sei der wirkliche Erbe, sondern der Besiegte, der Nachlaßgläubiger im Wege einer replica doli auf die auch für ihn geltende Thatsache sich berufen kann, daß zwischen dem Sieger und dem Besiegten ein rechtskräftiges Urtheil ergangen sei, durch welches der in Anspruch Genommene für den Erben erklärt sei.

Gegenüber den Gründen, welche für die Ablehnung einer Vorschrift in Ansehung des rechtskräftigen Urtheiles maßgebend sind, erübrigt es, noch darauf einzugehen, daß auch dem Vergleiche nicht eine Wirkung für und gegen die Nachlaßgläubiger und Erbschaftsschuldner beigelegt ist.

Erlangung des vorläufigen Erbschaftsbesitzes.

V. Endlich sind nicht aufgenommen die gemeinrechtlichen Rechtsmittel zur Erlangung des vorläufigen Erbschaftsbesitzes, nämlich außer den bereits

S. 490, 491 gewürdigten Rechtsmitteln der sog. missio ex edicto Carboniano und der sog. missio ventris nomine:

a) die missio in possessionem furiosi nomine. Diese ist den neueren Rechten unbekannt, selbst für das heutige gemeine Recht ist die Anwendbarkeit zweifelhaft[1]).

b) die gemeinrechtlichen Interdikte adipiscendae et recuperandae possessionis (quorum bonorum, quod legatorum, remedium ex lege ultima Cod. de edicto D. Hadriani tollendo)[2]). Das Interd. quod legatorum ist für den Entwurf ohne jede Bedeutung (vergl. §§ 1865, 1877). Das Interd. quorum bonorum und das remed. ex lege ult. etc. (sog. missio Hadriana) sind theils entbehrlich, theils mit Rücksicht auf die C. P. O., weil von einem vorläufigen Rechtsmittel ein Vortheil nicht zu erwarten ist, ohne Werth[3]). Die Vorschriften des preuß. A. L. R. I, 12 §§ 244, 245 sind berechnet für den Fall, daß das Nachlaßgericht die Erbschaft in Verwahrung genommen hat und keinen der mehreren Prätendenten für legitimirt erachtet[4]). Vorschriften solchen Inhaltes sind entbehrlich, würden auch wohl nicht in den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches gehören.

§ 2089.

X. Verwandte Fälle.

1. Hereditatis petitio utilis im Falle einer Todeserklärung.

Für gewisse Fälle gewährt der Entwurf eine Art hereditatis petitio utilis. Ist auf Grund einer Todeserklärung das Vermögen des für todt Erklärten oder sind Bestandtheile desselben an die vermeintlichen Erben gelangt und ergiebt sich demnächst, daß die für todt erklärte Person den Zeitpunkt der Todeserklärung überlebt hat, oder wird das Urtheil, durch welches die Todeserklärung erfolgt ist, in Folge der Anfechtung aufgehoben (§ 22), so ergiebt sich ein Verhältniß, welches dem Falle eines Erbschaftsanspruches gleichzustellen ist[5]).

Abweichend von dem preuß. A. L. R. II, 18 § 842 sind nur die Fälle in Betracht gezogen, in welchen der für todt Erklärte den Zeitpunkt der Todeserklärung überlebt hat, nicht diejenigen, in welchen er bereits früher gestorben ist. In den letzteren Fällen bedarf es besonderer Vorschriften nicht, da der ordentliche Erbschaftsanspruch begründet ist. Selbstverständlich steht der Anspruch nicht allein der für todt erklärten Person, sondern auch deren wirklichen Erben zu. Diese Folge ergiebt sich aus dem allgemeinen Grundsatze, daß Vermögensrechte, soweit nicht etwas Besonderes bestimmt oder ihrer

[1]) Windscheid §§ 597, 620; Roth § 396 Anm. 1.

[2]) Windscheid §§ 617, 649 Anm. 4; Roth § 396 Nr. I, II; preuß. A. L. R. I, 12 §§ 244, 245, dazu Eccius § 279 S. 701, 702, Dernburg § 227; sächs. G. B. § 2323; Mommsen § 322.

[3]) Vergl. Kreittmayr Anm. 1 f. zum bayr. L. R. III, 1 § 10; Mommsen's Mot. S. 351.

[4]) Vergl. Dernburg § 227 Anm. 2, Eccius § 279 S. 701, 702.

[5]) Preuß. A. L. R. II, 18 §§ 842, 847 ff., Eccius § 268 S. 586, 587, § 279 Anm. 22, Dernburg Bd. 1 § 44 Anm. 11, 12.

Natur zu entnehmen ist, auf die Erben übergehen (vergl. S. 525 ff.). In Ansehung der Vererblichkeit des ordentlichen Erbschaftsanspruches ist gleichfalls eine Vorschrift nicht aufgenommen.

Für die bezeichneten Fälle ist der § 2074 für entsprechend anwendbar erklärt (Abs. 1), um, falls ein Erbschein, welcher sich nunmehr als unrichtig herausstellt, ertheilt ist, dem für todt Erklärten und dessen Erben den gleichen Schutz, wie dem wirklichen Erben angedeihen zu lassen. Im Falle des § 2074 kommt der Anspruch auf Herausgabe eines Vermögens nicht in Frage; die Beschaffung und Annahme eines unrichtigen Erbscheines allein begründet nicht den Erbschaftsanspruch.

Im Uebrigen sollen die Vorschriften über den Erbschaftsanspruch und der § 888 (Ausschluß der Ersitzung an einzelnen Erbschaftssachen gegenüber dem wirklichen Erben) zur entsprechenden Anwendung gelangen (Abs. 1 a. E.).

Daß im Falle der Anfechtung zu vermuthen ist, der für todt Erklärte sei noch am Leben, ergiebt sich aus der Fassung der Vorschrift.

Verjährung.

Ueber die Verjährung des Anspruches etwas Besonderes zu bestimmen, ist nicht erforderlich. Insbesondere ist nicht bestimmt, daß der Beginn der Verjährung davon abhänge, ob der Berechtigte von den den Anspruch begründenden Thatsachen Kenntniß gehabt habe. Es wird kaum vorkommen, daß eine für todt erklärte oder als verstorben angesehene Person so spät zurückkehrt, daß seit der Besitznahme ihres zurückgelassenen Vermögens durch den vermeintlichen Erben ein der ordentlichen Verjährung entsprechender Zeitraum verstrichen ist. Sollte etwas Derartiges sich einmal zutragen, so hat der Zurückgekehrte den mit der Verjährung eingetretenen Verlust des Anspruches als Folge seines passiven Verhaltens hinzunehmen. In der Regel würde eine derartige Vorschrift nur den Erben oder Erbeserben des für todt Erklärten zu Statten kommen. Diesen aber eine solche Begünstigung hinsichtlich des Beginnes der Verjährung zu gewähren, ist weder nöthig noch mit den Zwecken, welchen das Institut der Verjährung dient, vereinbar.

Mit dem preuß. A. L. R. II, 18 §§ 852, 853 dem irrig für todt Erklärten und dessen Abkömmlingen auch noch nach Ablauf der Verjährungszeit den Anspruch auf einen ihrem Stande gemäß nothdürftigen Unterhalt zuzubilligen, besteht, wenn es bei der ordentlichen Verjährung sein Bewenden behält, kein Anlaß.

Ohne Todeserklärung für todt erachtete Personen.

Zu prüfen bleibt der Fall, daß eine Person, welche ohne Todeserklärung für todt erachtet ist, die Zeit überlebt hat, welche für die Beerbung derselben als die Zeit des Todes angenommen ist. Für diesen Fall bestimmt der zweite Absatz, daß ein Gleiches wie für die im ersten Absatze geregelten Fälle gelten soll. Die Vorschrift dahin zu beschränken, daß sie nur gelten solle, wenn der Erbfall auf Grund eines unrichtigen vom Standesamte ertheilten Sterbezeugnisses angenommen worden sei, würde zu eng sein, da die praktisch wichtigen Fälle gerade diejenigen sind, in welchen ein Sterbezeugniß deshalb nicht vorliegt, weil ein solches überhaupt nicht beschafft werden kann. Die entsprechende Anwendung der für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften ist insbesondere deshalb angemessen, weil es auch hier um die Herausgabe eines als Erbschaft in Besitz genommenen Vermögens sich handelt und die

Beschränkung des Berechtigten darauf, daß er die einzelnen Ansprüche geltend zu machen habe, zu einem angemessenen Ergebnisse nicht führen würde.

In einem solchen Falle davon auszugehen, derjenige, welcher das Vermögen eines Anderen als Erbschaft in Besitz genommen hat, habe sich nicht in gutem Glauben befunden, es sei denn, daß eine öffentliche Beurkundung des Todes jenes Anderen vorliegt, würde zu Härten führen, namentlich dann, wenn eine öffentliche Urkunde über das Ableben des Erblassers überhaupt nicht zu beschaffen ist. Hat aber Jemand ein fremdes Vermögen als Erbschaft sich angemaßt, ohne daß irgend ein Anhalt für die Annahme des Todes des bisherigen Inhabers des Vermögens vorlag, so wird der Richter ohne Weiteres auf Grund der freien Beweiswürdigung dahin gelangen, anzunehmen, derselbe habe sich nicht in gutem Glauben befunden. Von demjenigen, welcher ein fremdes Vermögen als Erbschaft in Besitz genommen hat, während ein amtliches Sterbezeugniß nicht vorlag, stets den Beweis zu verlangen, daß und weshalb er sich in gutem Glauben befunden habe, würde schon bedenklich sein.

Die Vorschriften des § 2089 finden ihre angemessene Stelle hier, weil sie am besten nach Erledigung des Erbschaftsanspruches verständlich sein werden.

§ 2090.

2. Schutz Dritter im Falle der Todeserklärung.

Die Todeserklärung stellt nur den Erbfall, nicht aber die Person des Erben fest. Erweist sich die Todeserklärung als unrichtig, sei es, weil der für todt Erklärte noch lebt und sich meldet, sei es, weil sich später ergiebt, daß der für todt Erklärte zu einer anderen Zeit als derjenigen, welche nach Maßgabe der Todeserklärung als Zeit des Todes in Gemäßheit des § 21 Abs. 2 für die Beerbung anzunehmen ist, gestorben ist, so hat der für todt Erklärte und, innerhalb der Schranken des § 2089 dessen Erbe, den im § 2089 bezeichneten Anspruch gegen den vermeintlichen Erben; ist der für todt Erklärte erweislich früher gestorben, so hat auch der wirkliche Erbe den ordentlichen Erbschaftsanspruch. Außerdem hat aber der für todt Erklärte oder dessen Erbe (und letzterer auch dann, wenn der Erblasser schon früher gestorben ist), falls derjenige, welcher auf Grund der Todeserklärung als Erbe anzusehen ist, über Nachlaßgegenstände verfügt hat, gegen den dritten Erwerber die Einzelklage. Der Dritte würde sich alsdann nur mit Hülfe der Gewährleistung an dem vermeintlichen Erben erholen können. Dieses Ergebniß erscheint als ein sachwidriges, zumal in Betracht zu ziehen ist, daß dem Dritten nicht immer der § 2077 zur Seite stehen wird, da der Erbe einen Erbschein nicht erhält, wenn er durch letztwillige Verfügung oder Erbeinsetzungsvertrag seitens des für todt Erklärten als Erbe eingesetzt ist (vergl. § 2068). Die Vorschriften des § 2090 bringen die erforderliche Abhülfe, jedoch unter Vorbehalt der Ausnahme für den Fall, daß der Dritte zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes Kenntniß davon gehabt hat, daß der angebliche Erblasser die Todeserklärung überlebt hat oder vor der Todeserklärung gestorben ist oder daß die Todeserklärung in Folge der Anfechtungsklage aufgehoben ist (Satz 2). Die Fassung des Einganges „wenn eine für todt erklärte Person den Zeitpunkt der Todeserklärung überlebt hat oder vor diesem Zeitpunkte gestorben ist" schließt sich an den § 2089

an. Sie ist für genügend erachtet, da der zweite Satz sie hinreichend in dem vorstehend angegebenen Sinne erläutert und insbesondere klarstellt, daß im Gegensatze zum § 2089 auch derjenige Fall mitgetroffen wird, in welchem der für todt Erklärte erweislich vor der Todeserklärung zu einer anderen Zeit gestorben ist als derjenigen, welche nach dem § 21 Abs. 2 auf Grund der Todeserklärung für die Beerbung maßgebend ist.

Nach der im Verkehrsinteresse für erforderlich erachteten Vorschrift des ersten Satzes tritt also zu Gunsten des Dritten, welcher sich mit dem vermeintlichen Erben eingelassen hat, sofern er sich in gutem Glauben befand, die gleiche Gestaltung ein, wie wenn dem vermeintlichen Erben ein Erbschein ertheilt gewesen wäre, oder mit anderen Worten die Rechtsgeschäfte, welche der auf Grund der Todeserklärung als Erbe Angesehene als Erbe vorgenommen hat oder welche ihm gegenüber vorgenommen worden sind, werden zu Gunsten des betheiligten gutgläubigen Dritten so behandelt, als sei der vermeintliche Erbe wirklich Erbe gewesen. Der Dritte ist somit nicht ausschließlich durch die allgemeinen Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben oder im Vertrauen auf das Grundbuch geschützt.

In gleicher Weise auch diejenigen zu schützen, welche auf Grund des Beweises über die Erbberechtigung des vermeintlichen Erben, falls dieser Beweis für die Erbschaftsklage genügen würde, Leistungen an einen angeblichen Erben gemacht haben, besteht kein Bedürfniß, insbesondere nachdem der Entwurf Vorschriften über den Beweis des Erbschaftsanspruches nicht aufgenommen hat (S. 593, 594). Eine solche Vorschrift wäre rein positiv; sie könnte auch das materielle Recht unter Umständen erheblich gefährden. Im Wesentlichen genügen zum Schutze Dritter die Vorschriften über den Erbschein; daneben werden auch die Vorschriften des § 2090 in Betracht kommen.

§ 2091.

3. Schutz Dritter bei anfechtbarer Erbeinsetzung.

Dritte, welche sich mit dem Erben eingelassen haben, dem ein Erbschein ertheilt ist, schützt in gewissem Umfange der § 2077, solche Dritte, welche sich mit dem noch zur Ausschlagung befugten Erben eingelassen haben, der § 2056 Abs. 2. Dieser Schutz muß in entsprechender Weise auch denjenigen gewährt werden, welche dingliche Rechtsgeschäfte der im § 2077 bezeichneten Art vorgenommen haben mit oder gegenüber einem eingesetzten Erben, dessen Erbeinsetzung anfechtbar und nach Vornahme des Rechtsgeschäftes angefochten ist. Hierauf beruht der § 2091.

Allerdings wird durch den § 2091 der Grundsatz des § 112 etwas modifizirt (vergl. Motive des Allg. Th. S. 219). Nach dem § 112 würde ein Erbe, welcher durch eine anfechtbare Verfügung von Todeswegen als Erbe eingesetzt ist, im Falle der erfolgreichen Anfechtung so zu behandeln sein, wie wenn er nie Erbe geworden wäre. In Folge dessen würden, in Ermangelung einer besonderen Vorschrift, die von einem solchen Erben oder ihm gegenüber in der Zeit vor der erfolgten Anfechtung vorgenommenen Rechtsgeschäfte in der Regel hinfällig werden, soweit nicht die Dritten durch den Schutz des guten Glaubens in anderer Richtung gesichert sind. Der Entwurf hält im Wesentlichen an dem

Grundsatze der dinglichen Rückwirkung der Anfechtung fest. Nur in den Fällen der Abtretung (§ 306) und der Eheschließung (§ 1270) ist von diesem Grundsatze abgewichen. Eine weitere Abweichung erscheint an dieser Stelle geboten, obschon dagegen sich geltend machen läßt, damit werde der Grundsatz der Wirksamkeit des Anfechtungsrechtes gegen Dritte in nicht unerheblichem Umfange abgeschwächt. Allein, wenn auch dem Dritten, welcher mit einem solchen eingesetzten Erben oder ihm gegenüber Rechtsgeschäfte vorgenommen hat, die Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben (§ 877) und über den Schutz des Vertrauens auf das Grundbuch (§§ 837, 838), sowie auf den Erbschein (§§ 2076, 2077) zu statten kommen werden, so erscheint dieser Schutz doch nicht ausreichend, da in der Regel der Erbschein nur gesetzlichen Erben ertheilt wird (§ 2068) und nicht vorgeschrieben ist, daß der Dritte verpflichtet sei, sich nur dann mit dem Erben einzulassen, wenn dieser den Erbschein vorzeigt (vergl. S. 568). In dieser Hinsicht kommt insbesondere in Betracht, daß die Erbeinsetzung in weit erheblicherem Umfange der Anfechtung unterliegt als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden (vergl. §§ 1781—1783, 1948 Abs. 1), und daß die allgemeine, alle Rechtsbeziehungen des Erblassers ergreifende Tragweite der Erbeinsetzung in einer besonders einschneidenden, den Verkehr in hohem Maße gefährdenden Weise sich geltend machen würde, wenn die Anfechtung in ihren Wirkungen nicht beschränkt würde. Ferner würde es sich kaum rechtfertigen lassen und im Leben nicht verstanden werden, wenn ein Schuldner, welcher dem Erben auf das vorgelegte Testament oder den vorgelegten Erbeinsetzungsvertrag hin, also auf Grund einer vorgelegten Urkunde, in welcher der Erbe formgültig eingesetzt ist, eine Erbschaftsschuld zahlt, schutzlos sein sollte, weil demnächst die Erbeinsetzung mit Erfolg angefochten ist, während der an den Zessionar zahlende Schuldner nach dem § 306 gegenüber der Anfechtung der Abtretung gesichert sein würde, sofern er nur auf Grund einer von dem bisherigen Gläubiger ertheilten, die Abtretung der Forderung oder die Anerkennung der Uebertragung der Forderung enthaltenden Urkunde leistet. Dahingestellt bleiben kann, ob die Vorschrift des § 306 in der besonderen Natur des Institutes der Abtretung ihren Grund hat.

Zwar kann eingewendet werden, diese Erwägungen und insbesondere die Bezugnahme auf den § 306 nöthigten, Dritte nicht allein gegenüber einer anfechtbaren, sondern auch gegenüber einer nichtigen Erbeinsetzung zu schützen. Dieser Einwand ist jedoch nicht für durchgreifend erachtet. Eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen, wie sie in Frage steht, ist nur gerechtfertigt, soweit ein dringendes praktisches Bedürfniß vorliegt. In Ansehung einer nichtigen Erbeinsetzung ist ein solches Bedürfniß nicht anzuerkennen. Die Nichtigkeit der Erbeinsetzung wird sich in der Regel entweder auf einen Formmangel der Verfügung von Todeswegen oder darauf gründen, daß der Verfügende die erforderliche Geschäftsfähigkeit nicht besessen hat. Ob eine Verfügung von Todeswegen wegen eines Formmangels nichtig sei, läßt sich zumeist, von besonderen und seltenen Fällen abgesehen, bei Prüfung der vorgelegten Urkunde ohne Weiteres erkennen. Handelt es sich um den Mangel der Geschäftsfähigkeit in der Person des Verfügenden, so wird dem eingesetzten

Erben fast immer alsbald nach dem Eintritte des Erbfalles das Erbrecht bestritten werden; der eingesetzte Erbe hat also keine Gelegenheit, längere Zeit hindurch mit der Erbschaft ungehindert zu schalten und zu walten, wie dies bei der von der Kenntniß des Anfechtungsgrundes abhängigen Anfechtung (§ 1785) sehr wohl der Fall sein kann.

Nicht in gleicher Weise ist ein Schutz Dritter erforderlich in den Fällen der Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit (§ 2046) oder der Anfechtung der Ausschlagungserklärung (§ 2040). Der Dritte, welcher sich mit dem in Folge der Ausschlagungserklärung eingetretenen Erben eingelassen hat, hat dann, wenn dieser Erbe ein gesetzlicher Erbe ist, die Möglichkeit, sich einen Erbschein vorlegen zu lassen, dessen Erlangung einem solchen Erben nach dem § 2068 offen steht. Für die übrigen sehr seltenen Fälle liegt ein hinreichender Grund, eine besondere Vorschrift aufzunehmen, um so weniger vor, als die Gründe, aus welchen eine Ausschlagungserklärung angefochten werden kann, nach dem § 2040 ziemlich beschränkt sind. — Die Erbunwürdigkeit ist praktisch nur von geringer Bedeutung. Eine besondere Vorsorge zum Schutze der Dritten, welche sich mit dem Erbunwürdigen eingelassen haben, erscheint daher entbehrlich, obschon die Anfechtung des § 2046, wie der Abs. 1 dieser Vorschrift unverkennbar ergiebt, sich nicht gegen die Erbeinsetzung (deren Anfechtbarkeit Voraussetzung der Anwendung des § 2091 ist), sondern gegen den Anfall der Erbschaft (vergl. S. 521, 522) richtet.

Siebenter Titel.

Inventarrecht.

§§ 2092, 2093.

I. Bedeutung des Inventarrechtes. 1. Begriffsbestimmungen. Nachlaßverbindlichkeiten.

Nach dem § 2051 gehen die vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten des Erblassers auf den Erben über. Der Erbe haftet jedoch nicht allein für diese, sondern auch für später entstandene Verbindlichkeiten, sofern dieselben ihm als Erben obliegen.

Der zweite Absatz des § 2092 faßt die verschiedenen, dem Erben obliegenden Verbindlichkeiten im besonderen Hinblicke auf das Inventarrecht zusammen. Für dieselben wird der Ausdruck „Nachlaßverbindlichkeiten" als ein technischer gewählt. Das Wort „Erbschaftsverbindlichkeiten" würde zu eng sein, da dieser Ausdruck, auch wenn er im weitesten Sinne genommen wird, nur auf solche Verbindlichkeiten bezogen werden kann, zu welchen bei dem Eintritte des Erbfalles mindestens der Grund gelegt ist, welche also zu dieser Zeit schon als eine Art von bedingten Rechten bestehen. Die Haftung des Erben für alle diejenigen Verbindlichkeiten, in Ansehung deren eine Bindung erst mit oder nach dem Eintritte des Erbfalles stattfindet, darf nicht unbestimmt bleiben.

Besonders erwähnt werden die Verbindlichkeiten aus Vermächtnissen und Auflagen, sowie Pflichttheilsrechten. Die Wirksamkeit des Inventarrechtes gegenüber Verbindlichkeiten aus Pflichttheilsrechten ist zwar nur unter besonderen Umständen (im Falle einer nach dem Erbfalle eingetretenen Verringerung der Erbmasse) denkbar; indessen würde es nicht gerechtfertigt sein, sie deshalb unerwähnt zu lassen.

Vermächtnisse, Auflagen, u. s. w.

Ferner werden erwähnt Verbindlichkeiten aus den von einem Testamentsvollstrecker oder Nachlaßpfleger vorgenommenen Rechtsgeschäften. Auch diese treffen den Erben als solchen. Die beispielsweise Aufzählung derselben stellt klar, daß diese Verbindlichkeiten nicht zu denjenigen gehören, für welche der Erbe persönlich, abgesehen von seiner Eigenschaft als Erbe, haftet, wie dies z. B. in Ansehung derjenigen Verpflichtungen zutrifft, welche in einem von dem Erben — sei es persönlich, sei es durch einen von ihm bestellten Vertreter — vorgenommenen Rechtsgeschäfte sich gründen, falls nicht etwa der Erbe bei Eingehung des Geschäftes sich die beschränktere Haftung vorbehalten hat. Wäre die Vorschrift positiv, so müßte davon ausgegangen werden, daß die Gefahr einer solchen dem Erben aufgedrängten Vertretung den Erben nicht persönlich, und über die Kräfte oder den Werth des Nachlasses hinaus, treffen dürfe. Allein der positive Karakter der Vorschrift kann nicht anerkannt werden. Diese Entscheidung kann von besonderer Wichtigkeit werden, wenn der Nachlaß nicht zureicht, um die Masseschulden zu decken. In einem solchen Falle könnte in Ermangelung einer Vorschrift namentlich der zur Ausschlagung nicht berechtigte Fiskus (§ 1974) gefährdet werden.

Wegen der Beerdigungskosten vergl. S. 535, 536.

Nachlaßverbindlichkeiten können auch die Verpflichtungen der Miterben gegenüber einem der Miterben aus einer Theilungsanordnung des Erblassers (§ 2152) sein, wenn und soweit sich unter einer solchen Anordnung ein Vorausvermächtniß versteckt. Wegen einer solchen Verbindlichkeit werden daher die verpflichteten Miterben nach den Umständen des Falles das Inventarrecht geltend machen können, falls der Nachlaß zur Befriedigung der Gläubiger des Erblassers nicht hinreicht.

Terminologie: Erbschaftsverbindlichkeiten,

Im Gegensatze zu den Nachlaßverbindlichkeiten die bereits in der Person des Erblassers begründeten Verbindlichkeiten als „Erbschaftsverbindlichkeiten" zu bezeichnen, ist nicht für angemessen erachtet. Ein Bedürfniß, für diese Verbindlichkeiten einen technischen Ausdruck zu verwenden, besteht nicht. Zudem könnten aus dem Gebrauche des Wortes nicht zutreffende Schlüsse in Ansehung der Worte „Erbschaft" und „Nachlaß" gezogen werden. Im Entwurfe ist das Wort „Nachlaß" verwendet, um die Gesammtheit der einzelnen Stücke oder Bestandtheile des Vermögens des Erblassers (bona defuncti), sowohl der aktiven als der passiven, zu bezeichnen. „Erbschaft" wird gebraucht von dem nachgelassenen Vermögen einer Person, wenn dieses zugleich als mit einem bestimmten neuen Subjekte (Erbe), auf welches das Vermögen übergeht (Erbfolge), in Beziehung stehend bezeichnet werden soll. Dies tritt besonders scharf hervor in den zusammengesetzten Worten „Erbschaftsanspruch" (vergl. §§ 2080 ff.), und „Erbschaftsbesitzer" (vergl. § 2080). Erbschaft weist also

Nachlaß,

Erbschaft.

zugleich auf die subjektive Seite hin. Mit dieser Unterscheidung würde sich die Verwendung des Wortes „Erbschaftsverbindlichkeiten" für die bereits in der Person des Erblassers begründeten Verbindlichkeiten nicht wohl vereinigen lassen. Dazu kommt, daß der Entwurf in Ansehung der Aktiva eine ähnliche Unterscheidung nicht kennt. Die im röm. Rechte für die hereditatis petitio übliche Terminologie, nach welcher res hereditariae (ll. 9, 10, 18 § 2 D. 5, 3) von res hereditatis (einschließlich der augmenta hereditatis, l. 20 §§ 1—5 D. 5, 3, vergl. l. 19 pr. §§ 1—3 D. 5, 3) unterschieden werden — erstere sind die Gegenstände, zu welchen schon der Erblasser der Berechtigte war, letztere alle übrigen, zum Nachlasse zu zählenden Gegenstände —, ist im Entwurfe nicht gebraucht, obschon diesem die Unterscheidung der Sache nach nicht fremd ist (vergl. z. B. §§ 1825, 1907, 2081 Nr. 1). Soweit es auf die Herkunft der Gegenstände ankommt, wird dies hervorgehoben, jedoch ohne Benutzung eines technischen Ausdruckes (vergl. z. B. Nachlaß zur Zeit des Erbfalles in den §§ 1986, 1987). Der § 167 spricht von „zum Nachlasse gehörenden Ansprüchen". Der Gebrauch des Wortes „Erbschaftsverbindlichkeit" in dem angegebenen Sinne könnte hiernach leicht das Mißverständniß hervorrufen, als sei stets, wenn von Erbschaftsgegenständen die Rede ist, an Gegenstände zu denken, welche von dem Erblasser herkommen.

Inventarrecht. Uebersicht.

Der Entwurf geht von folgenden, demnächst im Einzelnen näher zu erörternden Grundsätzen aus:

Der Erbe wird persönlicher Schuldner aller Nachlaßverbindlichkeiten und kann, wenn der Nachlaß zur Befriedigung der Gläubiger ausreicht, diese niemals darauf verweisen, daß sie ihre Befriedigung nur aus den Gegenständen des Nachlasses suchen sollen; aber der Erbe hat kraft des Gesetzes das Inventarrecht. Dieses gewährt ihm Schutz dagegen, daß er über die Kräfte des Nachlasses hinaus für die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aufzukommen hat. Das Inventarrecht verliert er nicht durch Versäumung einer gesetzlichen Frist, sondern, abgesehen von dem Verzichte (§ 2094) und von den Folgen eines böslichen Handelns (§ 2106 Abs. 1), nur durch Versäumung einer auf Antrag eines Nachlaßgläubigers von dem Nachlaßgerichte zu bestimmenden Frist gegenüber allen Gläubigern (§ 2095). Gegenüber dem einzelnen Gläubiger kann er ferner das Inventarrecht verlieren durch Vertrag oder Versäumung des Einrederechtes im Prozesse (§ 2108), oder durch Verweigerung der Leistung des Offenbarungseides (§ 2142).

Der nur beschränkt haftende Erbe kann nicht verlangen, daß zur Begründung seiner Haftung das Vorhandensein genügenden Nachlasses nachgewiesen werde; er ist auch nicht berechtigt, die Gläubiger in beliebiger Auswahl oder wie sie sich melden, zu befriedigen. Vielmehr hat er, wenn er die Beschränkung der Haftung geltend machen will, für die verhältnißmäßige Befriedigung aller Gläubiger nach Maßgabe der Vorschriften über die Vertheilung der Masse im Konkurse über den Nachlaß (§ 2133), sowie für wirthschaftliche Verwaltung des von ihm offen zu legenden Nachlasses zu sorgen (§§ 2133, 2112, u. s. w.).

Zur Geltendmachung der ihm zustehenden Beschränkung der Haftung stehen dem Erben zwei Wege offen. Er kann erstens die Eröffnung des Kon-

kurses über den Nachlaß beantragen. Ist der Konkurs eröffnet, so kann kein Gläubiger seine Rechte anders als im Konkurse geltend machen (§ 2110); der Erbe aber ist gegenüber der Konkursmasse zur Herausgabe des Nachlasses mit Vertretung für die ihm obliegende wirthschaftliche Verwaltung des Nachlasses verpflichtet (§ 2112). Unbehindert in der Verfolgung des Erben sind nur diejenigen Gläubiger, denen gegenüber das Inventarrecht verloren ist (§ 2110 Abs. 2). In gleicher Weise gestaltet sich die Haftung des Erben, wenn der Konkurs auf Antrag eines Gläubigers eröffnet ist. Um durch den Konkurs eine vollständige Liquidation des Nachlasses zu ermöglichen, ist allen Nachlaßgläubigern die Theilnahme an dem Nachlaßkonkurse mit Beseitigung der für den Konkurs sonst geltenden Ausnahmen gewährt (§ 2117). Nach Beendigung des Konkurses haftet der Inventarerbe nur mit dem ihm etwa ausgehändigten Ueberschusse und ohne Rücksicht auf die besondere Rechtsstellung mehrerer mit einander konkurrirender Gläubiger (§ 2118).

Der Erbe kann zweitens, wenn der Nachlaßkonkurs nicht eröffnet ist, gegen jeden einzelnen Gläubiger die Abzugseinrede geltend machen (§§ 2133 ff.), indem er selbst nachweist, daß und wie viel der Gläubiger im Falle des Nachlaßkonkurses weniger als den vollen Betrag seiner Forderung erhalten hätte. Will er diesen Weg beschreiten, so muß er sowohl den Verbleib des Nachlasses als auch die Forderungen der nach seiner Angabe konkurrirenden Gläubiger nachweisen. Dies gilt selbst dann, wenn Nachlaß gar nicht vorhanden ist oder wenn der geringe vorhandene Nachlaß durch die Beerdigungskosten u. dergl. aufgezehrt ist (vergl. zum § 2102).

Außer diesen die Ansprüche der Gläubiger sachlich erledigenden Mitteln hat der Inventarerbe noch zwei Mittel, um sich vor einer seine Vertheidigung beeinträchtigenden Ueberstürzung zu wahren. Zunächst kann er die Aussetzung jeder Zwangsvollstreckung auf so lange Zeit verlangen, daß ihm die Möglichkeit bleibt, durch Aufstellung eines Inventares die Uebersicht über den Stand des Nachlasses zu gewinnen (§ 2143). Ferner hat er das Recht, das Aufgebot der Nachlaßgläubiger zu verlangen, damit durch das Ausschlußurtheil der Kreis der Gläubiger umgrenzt werde, welche er zur verhältnißmäßigen Berücksichtigung aller Gläubiger in Betracht zu ziehen hat (§§ 2120 ff.). Auf Grund der Einleitung des Aufgebotsverfahrens kann er bis zur Erledigung desselben, wenn auch nicht den Konkurs (§§ 2123, 2130 Abs. 2), so doch die Zwangsvollstreckung abwenden (§ 2130).

Diese aufschiebenden Maßregeln stehen dem Erben auch dann zu Gebote, wenn der Nachlaß zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten ausreicht.

Ist aber der Nachlaß unzulänglich, so hat jeder Gläubiger das Recht, die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß zu beantragen (Konk. O. § 205). Mit der Konkurseröffnung wird auch das Aufgebot der Gläubiger beendigt (§ 2123).

Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses dient zugleich zum Schutze der Nachlaßgläubiger gegen die Konkurrenz anderer Gläubiger des Erben. Zur Vervollständigung dieses Schutzes ist die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß trotz der Zulänglichkeit des Nachlasses und trotz des Verlustes des

Inventarrechtes dann zugelassen, wenn der Konkurs über das Vermögen des Erben eröffnet ist (§ 2150).

Besondere Vorschriften für den Fall, daß auf Grund der §§ 99, 190 der Konk. O. die Eröffnung des Nachlaßkonkurses verweigert wird, sind nicht gegeben (vergl. zum § 2110).

Daß das Inventarrecht gegenüber allen Gläubigern oder gegenüber dem klagenden Gläubiger verloren sei, kann jeder Gläubiger gegen alle dem Inventarerben zustehenden Schutzmittel für sich geltend machen (vergl. § 2110 Abs. 2).

Der Nachlaßpfleger nimmt gegenüber den Nachlaßgläubigern im Wesentlichen vollständig die Stelle des Erben ein, nur bleibt dem Erben stets das Inventarrecht; dies ergeben die §§ 2062—2065; vergl. S. 550.

Auf diese Gestaltung verweist der § 2092 Abs. 1.

Ob hiernach der Ausdruck „Inventarrecht" ganz zutreffend ist, kann dahingestellt bleiben. Allein das Wort hat sich eingebürgert, ist auch in der C. P. O. § 695 gebraucht und nicht einmal ganz unpassend, mit Rücksicht auf die große Bedeutung, welche auch nach dem Entwurfe der Inventarerrichtung zukommt.

Die §§ 2093—2108 bestimmen über das Zustehen und den Verlust des Inventarrechtes. Die §§ 2109—2150 regeln die in dem Inventarrechte begriffenen verschiedenen Befugnisse und Pflichten des Inventarerben.

Auf das von dem Entwurfe vielfach abweichende geltende Recht wird in dem Folgenden nur in Ansehung von Einzelheiten eingegangen werden[1]).

Entziehung durch den Erblasser oder durch Vertrag.

Das Inventarrecht steht dem Erben kraft des Gesetzes zu und kann ihm nicht durch eine Anordnung des Erblassers oder einen Vertrag mit dem Erblasser entzogen werden (§ 2093). Ein derartiges Rechtsgeschäft zuzulassen, besteht kein Bedürfniß. Auch das geltende Recht geht überwiegend von dieser Auffassung aus[2]). Ist der Nachlaß zureichend, so fehlt es an einem Interesse

[1]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. für das gemeine Recht Windscheid § 606, Brinz § 399, Roth § 370, Stobbe § 285 VII; ferner preuß. A. L. R. I, 9 §§ 413—442, dazu Dernburg §§ 222 ff., Eccius § 270; code civil Art. 724, 793—803, 810, 870, 873; österr. G. B. §§ 547—549, 797, 799 ff., Unger § 42; bayr. L. R. III, 1 § 6; württemb. Recht bei Stein §§ 109—113; Mommsen §§ 231 233, 251, 256—259, 263—265; hess. Entw. Art. 249 ff.; — in einem gewissen Gegensatze zu diesen: sächs. G. B. §§ 2328 bis 2332, dazu die in der Praxis nicht anerkannten Ausführungen von Siebenhaar in den Ann. d. O. A. G. Bd. 19 S. 203—216, lüb. Recht bei Plitt S. 133, und die thüring. Erbgesetze, vergl. für Weimar Vollert u. Jacobs 13 S. 147, 24 S. 219. Zweifelhaft ist, ob das goth. Ges. §§ 119—126 hierher zu zählen sei. In Bremen hat nach Post § 214 und in Holstein, soweit lüb. Recht gilt, nach Paulsen § 175 Anm. 6 das gemeine Recht die beschränktere Haftung des Erben verdrängt.

[2]) Vergl. Unger § 42 Anm. 3 und österr. G. B. § 803; Dernburg § 221 Anm. 12 und § 507 Anm. 13, Eccius § 270 Anm. 14; Zachariae § 612 Anm. 6; Mommsen § 257; hess. Entw. Art. 255; — für das gemeine Recht sind anderer Meinung Mühlenbruch bei Glück Bd. 41 S. 434 ff., Roth § 370 Anm. 3; vergl. auch bayr. L. R. III, 1 § 18 Nr. 17.

des Erblassers; ist er nicht zureichend, so würde dadurch für den Erben eine Zwangslage geschaffen. Jedenfalls würden durch die Zulassung die Fälle der Ausschlagung vermehrt werden, nicht selten würde alsdann Niemand die Erbschaft annehmen.

§ 2094.

II. Absoluter Verlust des Inventarrechtes.

1. Verzicht auf das Inventarrecht.

Auf das Inventarrecht kann der Erbe verzichten. In Uebereinstimmung mit der überwiegenden Mehrzahl der geltenden Rechte[1]) wird die absolute Wirkung des Verzichtes („gegenüber allen Nachlaßgläubigern") bestimmt (Abs. 1). Diese Wirkung des einseitigen Rechtsgeschäftes macht es erforderlich, dessen Zulässigkeit auszusprechen. Die Zulässigkeit und Wirkung einer Vereinbarung des Erben mit einem einzelnen Gläubiger dahin, daß der Erbe von dem Inventarrechte ihm gegenüber nicht Gebrauch machen wolle, wird dadurch nicht berührt (vergl. § 2108).

Im Anschlusse an die §§ 2032, 2035, 2039 enthalten der zweite bis vierte Absatz nähere Vorschriften über den Verzicht. Derselbe ist wie die Ausschlagungserklärung formalisirt, darf, wie diese, nicht unter Beifügung einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden und wird, wie diese, für unwiderruflich erklärt. Beide Erklärungen sind wegen ihrer absoluten Wirkung im Wesentlichen von gleicher Bedeutung. Dieser Umstand rechtfertigt auch das Erforderniß eines mandatum ad hoc für einen Bevollmächtigten (Abs. 2), obschon für das preuß. A. L. R. ein Reskr. v. 14. Februar 1820 (Jahrb. Bd. 15 S. 5) eine Spezialvollmacht nicht für erforderlich erachtet. Dem Erfolge, daß unwirksame Erklärungen abgegeben werden, ist thunlichst vorzubeugen. Nach dem preuß. A. L. R. I, 9 §§ 416, 417 kann der Verzicht während der Ueberlegungsfrist zurückgenommen werden, falls der Erbe noch nicht über die Substanz des Nachlasses verfügt hat[2]). Zu einer solchen Ausnahme fehlt der Anlaß, nachdem die Erklärung formalisirt ist.

Mit Rücksicht auf die Formalisirung kann nicht in der vorbehaltlos erklärten Uebernahme der Erbschaft (wie für das gemeine Recht behauptet wird)[3]) oder gar schon in dem vorbehaltlos erfolgten thatsächlichen Zugriffe des Erben (code civil Art. 800) ein Verzicht auf das Inventarrecht gefunden werden.

Anfechtung desselben.

Die Anfechtung des Verzichtes regeln der fünfte und sechste Absatz im Anschlusse an die §§ 2040, 2043 aus den für die Anfechtung der Ausschlagungserklärung maßgebenden Gründen. Der § 2043 ist in Abs. 6 nur in Bezug genommen, weil die Wiederholung zu einer weitläufigen Vorschrift für immerhin seltene Fälle nöthigen würde. Die Bezugnahme auf den § 2033 ebenda rechtfertigt sich aus den Gründen, auf welchen der § 2033 beruht (vergl. S. 503, 504). Daß der Erbe auf das Inventarrecht verzichte zu einer Zeit, in welcher er die Erbschaft noch nicht annehmen oder ausschlagen kann, erscheint unzulässig.

---

[1]) Oesterr. G. B. § 806; code civil Art. 774, 776; für preuß. A. L. R. Eccius § 270 bei Anm. 82, Dernburg § 219 Anm. 16 zu I, 9 §§ 414 ff.

[2]) Ueber die Bedeutung dieser Maßgabe vergl. Gruchot, Beitr. Bd. 15 S. 881.

[3]) Roth § 370 Anm. 16; Seuffert's Arch. 19 Nr. 168.

§ 2095.

2. Versäumung der Inventarfrist.

Der § 2095 bestimmt für einen anderen Fall als den des Verzichtes das Erlöschen des Inventarrechtes mit absoluter Wirkung („gegenüber allen Nachlaßgläubigern").

Voraussetzung des Erlöschens des Inventarrechtes ist in diesem Falle, daß ein gewisser Akt des Erben, die Inventarerrichtung, bis zum Ablaufe der von dem Nachlaßgerichte für die Vornahme des Aktes bestimmten Frist unterblieben ist. Die Ausnahme „es sei denn, daß die Einreichung des Inventares bereits früher erfolgt ist" verdeutlicht, daß die Vornahme des Aktes nicht gerade innerhalb der Frist, wie bei den prozessualen Nothfristen, zu geschehen hat, sondern daß es genügt, wenn der Akt bereits früher vorgenommen ist, oder daß, wenn das Inventar vor Bestimmung einer Frist eingereicht, aber gleichwohl demnächst eine Frist gesetzt ist und diese versäumt wurde, der Verlust des Inventarrechtes mindestens nicht mit absoluter Wirkung eintritt. Aus den §§ 2103, 2104 erhellt, daß die Anrufung eines bereits vorhandenen Inventares als Inventarerrichtung gilt, und daß der Antrag bei dem Nachlaßgerichte, die Aufnahme des Inventares herbeizuführen, zur Wahrung der Inventarfrist genügt.

Inventarerrichtung.

Der zur Abwendung des drohenden Rechtsnachtheiles erforderliche Akt des Erben wird als Inventarerrichtung bezeichnet. Mit der Einreichung des Inventares an das Nachlaßgericht, welche die Thätigkeit des Erben zum mindestens vorläufigen Abschlusse bringt, wird der Akt als vollendet angesehen.

Zeitliche Beschränkung.

Geltendes Recht.

Die zeitliche Beschränkung der Inventarerrichtung ist aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit geboten. Das geltende Recht weicht in dieser Beziehung sehr von einander ab. Das gemeine Recht verlangt Beginn der Inventarerrichtung binnen eines Monates nach erlangter Kenntniß von der Berufung und Vollendung binnen zweier anderer Monate, falls sich aber die Erbschaft ganz oder zum größeren Theile an einem anderen Orte befindet, binnen Jahresfrist von dem Tode des Erblassers an. In den Einzelheiten waltet viel Streit ob[1]). Das preuß. A. L. R. I, 9 § 424 bestimmt eine sechsmonatige Frist, welche von dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist an läuft; jedoch kann die Frist auf Antrag des Erben verlängert oder auf Antrag eines Gläubigers oder Vermächtnißnehmers verkürzt werden (I, 9 §§ 425, 426)[2]). Nach dem code civil hat der Erbe eine kraft des Gesetzes laufende Frist von drei Monaten von dem Erbanfalle an zur Inventarerrichtung; erst an diese Frist schließt sich die Frist zur Erklärung über Annahme und Ausschlagung (Art. 794 ff.). Das sächs. G. B. hat keine Zeitbeschränkung für die Inventarerrichtung; ihm folgen die meisten thüring. Erbgesetze. Nach Mommsen (§ 259) soll die Erklärung der Inanspruchnahme des Inventarrechtes an eine sechszigtägige Frist von erlangter Kenntniß des Erbanfalles geknüpft sein, die Inventarerrichtung aber von Amts-

[1]) Windscheid § 606 Anm. 6, 7, § 595 Anm. 5; Brinz § 399 Anm. 6; Roth § 370 Anm. 11, 12.

[2]) Vergl. Dernburg § 222 Anm. 9, 13, 14; Eccius § 270 S. 611, 612.

wegen erfolgen. Noch andere Fristen finden sich in Rechten beschränkteren Geltungsgebietes[1]).

Entwurf.

Eine Frist setzen zu lassen, erscheint geboten. Die gesetzliche Frist des preuß. A. L. R. hat anerkanntermaßen zu großen Härten geführt. Nur zu oft ist es vorgekommen, daß Gläubiger des Erblassers erst nach Ablauf der gesetzlichen Frist mit Ansprüchen hervorgetreten sind, welche dem Erben unbekannt waren, und denen gegenüber der Erbe, welcher die Erbschaft für solvent zu halten Ursache hatte und deshalb die Hinterlegung eines Inventares nicht für geboten erachtet hatte, schutzlos blieb (vergl. Mot. zum preuß. Entw. von 1835 S. 9, 10).

Bestimmung durch das Nachlaßgericht.

Die Fristbestimmung ist dem Nachlaßgerichte übertragen. Dies erscheint zweckmäßig, da die Versäumung der Frist gegenüber allen Nachlaßgläubigern wirken soll. Dadurch, daß der Rechtsnachtheil von selbst eintritt, entfallen verzögerliche Rechtsmittel[2]). Selbstverständlich bleibt die Entscheidung, ob das Inventarrecht durch Versäumung der Frist erloschen ist, der Prüfung im einzelnen Rechtsstreite vorbehalten; ein Beschluß des Nachlaßgerichtes, welcher das Erlöschen des Inventarrechtes ausspricht, ist nicht vorgesehen.

Wegen des Verhältnisses zu Miterben als Nachlaßgläubigern vergl. § 2146.

Bedeutung der Eröffnung des Nachlaßkonkurses.

Die Verpflichtung des Erben, ein Inventar zu errichten, kann nicht weiter entstehen oder fortbestehen und wird auch praktisch gleichgültig, wenn der Nachlaß dem Erben entzogen, der Verfügung des Konkursverwalters unterstellt und von diesem nach Maßgabe der §§ 113—115 der Konk. O. zu inventarisiren ist. Kann von der Verpflichtung des Erben zur Errichtung eines Inventares nicht mehr die Rede sein, so verschwindet damit die Möglichkeit des Verlustes des Inventarrechtes durch Versäumung einer Inventarfrist, mag diese dem Erben vor der Eröffnung des Konkurses oder später gesetzt sein.

Aus der hierauf beruhenden Vorschrift, daß nach Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß das Inventarrecht durch Versäumung der Inventarfrist nicht erlöschen kann (Abs. 2), ergiebt sich, daß das Nachlaßgericht nach Eröffnung des Konkurses dem Erben eine Inventarfrist nicht mehr zu bestimmen hat, da deren Versäumung kein Ergebniß haben würde. Der Erbe kann daher auch in Gemäßheit des § 2106 das Inventarrecht nicht mehr verlieren, wenn von ihm nach Eröffnung des Konkurses unnöthigerweise oder um der nach dem § 2112 ihm obliegenden Auskunftspflicht willen ein Inventar eingereicht wird, in diesem aber arglistig ein Nachlaßgegenstand verschwiegen ist.

Ueber den Einfluß des Verzichtes auf das Inventarrecht seitens des Erben, während der Konkurs schwebt, vergl. zum § 2118.

[1]) Wegen des württemb. Rechtes vergl. Stein §§ 106 ff., für Hamburg (sechs Wochen seit dem Tode des Erblassers) Baumeister II S. 383; für Bremen (dreißig Tage) Post § 215; u. A.

[2]) Solche hat z. B. das in der Mark Brandenburg geltende Erbschaftsedikt vom 30. April 1765.

§ 2096.

Antragsberechtigung.

Den Antrag, eine Frist zu bestimmen, kann jeder Gläubiger stellen, welcher seinen Anspruch glaubhaft gemacht hat. Mit dem Zwecke der Vorschrift würde es nicht vereinbar sein, wenn die Fristbestimmung unwirksam werden könnte, falls sich nachträglich herausstellte, der Antragsteller sei nicht Nachlaßgläubiger. Denn die Wirksamkeit des Eingreifens des Nachlaßgerichtes ist für alle Gläubiger von Interesse. Die Wirksamkeit dieses Eingreifens darf mithin nicht davon abhängig sein, daß der zufällig zuerst vorgehende Gläubiger kein wirklicher, sondern nur ein vermeintlicher Gläubiger ist. So wünschenswerth es aber auch ist, daß die Wirksamkeit der Verfügung des Nachlaßgerichtes möglichst unabhängig sei davon, ob die von dem Nachlaßgerichte zunächst festzustellenden Voraussetzungen für das Eingreifen wirklich vorliegen, so darf doch die irrthümliche Feststellung des Nachlaßgerichtes, daß überhaupt ein Antrag vorliegt, während ein solcher gar nicht gestellt war, nicht ohne Einfluß sein.

Die Fassung schließt sich der Fassung des § 1593 an.

§ 2097.

Beginn und Dauer der Frist.

Die Bestimmung einer Minimalfrist von einem Monate ist für rathsam erachtet, um dem Nachlaßgerichte einen Anhalt zu bieten und zu verhindern, daß die Frist zu kurz bemessen werde. Eine Verkürzung der Frist auf Antrag eines Gläubigers oder Vermächtnißnehmers zuzulassen (preuß. A. L. R. I, 9 §§ 424—426), besteht kein Bedürfniß. Die Maximalfrist von drei Monaten wird für den Regelfall genügen.

Die Zustellung des die Fristsetzung an den Erben enthaltenden Beschlusses ist als für den Beginn der Frist maßgebend hervorgehoben. Danach genügt auch eine Ersatzzustellung (§§ 166—170 C. P. O.), und ist zugleich der Fall in angemessener Weise geregelt, in welchem zwar die Zustellung an den Erben selbst erfolgt ist, diesem aber die völlige Geschäftsfähigkeit mangelt, sodaß die Zustellung nichtig ist (§ 157 C. P. O.). Verkannt ist nicht, daß durch die Zustellung keineswegs die wirkliche Kenntnißnahme des Erben, insbesondere im Falle einer Ersatzzustellung, verbürgt wird. Eine Abhülfe für Fälle, in welchen sich hieraus Härten ergeben können, bietet der § 2098.

Fristverlängerung.

Die Voraussetzungen der zugelassenen Fristverlängerung zu bezeichnen, z. B. durch Hinweisung auf die Erweislichkeit oder das Glaubhaftmachen der Unzulänglichkeit der Frist, würde nicht zweckmäßig sein. Im Wesentlichen hat doch immer nur das Ermessen des Nachlaßgerichtes zu entscheiden (Abs. 1 a. E.).

Bestimmung der Frist vor Annahme der Erbschaft.

Aus Gründen der Zweckmäßigkeit ist zugelassen, daß die Fristbestimmung vor Annahme der Erbschaft erfolgen kann (Abs. 2). Es ist nicht erforderlich, daß der den Antrag stellende Gläubiger die Annahme der Erbschaft darthut. Andererseits muß Fürsorge getroffen werden, daß dem Erben die Frist nicht ungebührlich verkürzt wird. Die Frist soll daher nicht vor Annahme der Erbschaft beginnen (Abs. 2 zweiter Halbsatz). Zu berücksichtigen ist, daß die

Ausschlagungsfrist nicht nur durch ihren Ablauf, sondern auch durch die frühere Annahme der Erbschaft seitens des Erben ihre Beendigung finden kann.

§ 2098.

Ersatz einer restitutio in integrum bei Fristversäumung.

Abgesehen von der im § 2040 für einen besonderen Fall geregelten Anfechtung der Ausschlagungserklärung und abgesehen von der im § 2041 geregelten Anfechtung der Annahmeerklärung wegen Drohung oder Betruges, ist dem Erben kein Schutz gegen den Verlust oder Erwerb der Erbschaft gegeben. Dies erscheint nur zulässig, falls der Erbe wenigstens dann gegen die Versäumung der Inventarfrist geschützt wird, wenn er durch höhere Gewalt verhindert worden ist, das Inventar zu errichten oder die nach den Umständen gerechtfertigte Verlängerung der Frist zu beantragen, oder wenn er von der Zustellung des die Fristbestimmung enthaltenen Beschlusses ohne sein Verschulden Kenntniß nicht erlangt hat (Abs. 1).

Das geltende Recht gewährt zumeist Abhülfe durch restitutio in integrum gegen die Ausschlagung oder Annahme[1]). Der code civil gestattet, stets neue Fristen zu geben; der Ausschluß soll nur mit der rechtskräftigen Verurtheilung als Erbe eintreten (Art. 799, 800)[2]). Jede derartige Hülfe versagen das preuß. A. L. R. I, 9 § 427[3]) und das österr. G. B. § 1450; das letztere hat indessen überhaupt nicht generelle, mit Rechtsnachtheilen verbundene Fristen.

In Frage kann nur kommen eine gegenüber allen Nachlaßgläubigern wirkende Abhülfe für den Fall, daß das Nachlaßgericht die zu bestimmenden Voraussetzungen als erfüllt erachtet, sodaß dem einzelnen Betheiligten nicht gestattet wird, die Wirksamkeit der neuen Fristbestimmung wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen derselben anzugreifen. Der Entwurf kennt nicht das Institut der restitutio in integrum (Motive zum Allg. Th. S. 392 ff.); er hat, soweit ein Bedürfniß zu einer Abhülfe besteht, durch besondere Vorschriften geholfen, vermöge welcher sonst regelmäßig eintretende nachtheilige Rechtsfolgen unter gewissen Voraussetzungen nicht eintreten. Hiernach ergiebt sich der große Unterschied gegenüber der dinglich wirkenden restitutio in integrum, daß die ausnahmsweise Befreiung von Rechtsnachtheilen von dem Zutreffen der durch das Gesetz bestimmten Voraussetzungen abhängt und daß Jeder, dessen Rechte durch die ausnahmsweise eintretende Befreiung von den Rechtsnachtheilen berührt werden, das Vorliegen dieser Voraussetzungen für den einzelnen Fall bestreiten und zum Gegenstande einer Entscheidung durch den ordentlichen (Prozeß-) Richter machen kann.

Für den vorliegenden Fall besteht ein großes praktisches Interesse, daß die Aufhebung des eingetretenen Rechtsnachtheiles und die Gewährung einer neuen Frist seitens des Nachlaßgerichtes gegenüber allen Nachlaßgläubigern

---

1) Windscheid § 119 (auch für die Inventarfrist); Roth § 363 Anm. 65, 117, 125; für württemb. Recht Stein §§ 107, 108, 120; Mommsen § 227; u. A.

2) Vergl. Zachariae § 611 Anm. 20, § 654 Anm. 16 ff.

3) Vergl. Dernburg § 222 Anm. 21; Eccius § 270 Anm. 75, 76.

wirke, und daß die Wirksamkeit der Verfügung des Nachlaßgerichtes nur im Wege der Rechtsmittel, welche in Sachen der nichtstreitigen Rechtspflege gewährt werden, angegriffen werden könne. Hat die Verfügung des Nachlaßgerichtes nicht eine solche Wirkung, so könnte sich das Ergebniß herausstellen, daß der Erbe gegenüber dem einen Nachlaßgläubiger voll, gegenüber einem anderen Nachlaßgläubiger nur beschränkt haften würde. Dieses Ergebniß würde ein unbefriedigendes sein. Dem Erben wird nur dann in genügendem Maße geholfen, wenn seine Lage eine nach allen Seiten gesicherte ist. Daß der Entwurf in Ansehung der Ausschlagungsfrist nicht in ähnlicher Weise hilft, beruht darauf, daß das Erbewerden, wenn nur das Inventarrecht erhalten bleibt, zwar zu einer gewissen Beschwerung des Erben führen kann, aber bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt Nachtheile nicht zur Folge hat.

An die Vorschriften der C. P. O. über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung von Nothfristen (§§ 211—216) sich anzulehnen, würde nicht angemessen sein. Es verdient den Vorzug, unter Berücksichtigung jener Vorschriften, soweit sie passend sind, die erforderlichen Vorschriften hier aufzunehmen.

Höhere Gewalt.

In der Bezeichnung des zuerst erwähnten Falles (höhere Gewalt) schließt sich der Entwurf an die §§ 165, 626 an (vergl. auch H. G. B. Art. 395, 607; Motive zum Allg. Th. S. 318 Anm.). Eine abweichende Bezeichnung der gleichartigen thatsächlichen Voraussetzung, etwa im Anschlusse an den § 211 Abs. 1 der C. P. O., „durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert" würde nicht rathsam sein. — Ob nicht der außerdem erwähnte Fall (unverschuldete Unkenntniß von der Zustellung des Beschlusses) schon als Hinderung durch höhere Gewalt sich ansehen läßt, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls sind in dieser Richtung erhebliche Zweifel möglich; es ist deshalb dieses Falles besonders gedacht.

Unverschuldete Unkenntniß der Zustellung.

Die neue Frist soll hiernach nur von dem Nachlaßgerichte, und lediglich auf Antrag des Erben, bestimmt werden.

Verfahren.

Nähere Vorschriften über das Verfahren enthalten der zweite und dritte Absatz. Der letztere setzt insbesondere eine zeitliche Grenze von einem Jahre, von dem Ende der zuerst bestimmten Frist an gerechnet.

Das Verfahren ist nicht im Einzelnen geregelt, jedoch soll vor der Beschlußfassung derjenige Nachlaßgläubiger gehört werden, auf dessen Antrag die erste Frist bestimmt war. Im Uebrigen müssen die Vorschriften über das Verfahren in Sachen der nicht streitigen Rechtspflege maßgebend sein. Dies gilt insbesondere auch von den zulässigen Rechtsmitteln.

§ 2099.

Tod des Erben vor Ablauf der Inventarfrist.

Im Anschlusse an den § 2031 ist vorzusehen für den Fall, daß der Erbe vor Ablauf der ihm gesetzten Frist stirbt, und zwar sowohl im Falle des § 2097 als in dem des § 2098 Abs. 3. Die Vorschrift, daß in einem solchen Falle der Ablauf der Fristen nicht vor Ablauf der für die Ausschlagung der Erbschaft des Erben bestimmten Frist eintreten soll, erscheint deshalb gerecht-

fertigt, weil der Erbe des Erben sich zunächst über die Annahme der ihm angefallenen Erbschaft muß entscheiden können, bevor er sich über die Inanspruchnahme des Inventarrechtes in Ansehung der von seinem Erblasser erworbenen Erbschaft, welche einen Bestandtheil der ihm angefallenen Erbschaft bildet, entscheidet. Die letztere Entscheidung würde sonst der ersteren vorgreifen. Der dem Erben gewährte Schutz ist aber andererseits auch als ausreichend zu erachten.

Miterben des Erben.

Eine dem § 2028 Abs. 3 entsprechende Vorschrift in Ansehung der selbständigen Wahrnehmung des Inventarrechtes seitens des einzelnen Miterben, falls Miterben in der Erbschaft eine von dem Erblasser erworbene Erbschaft finden, ist entbehrlich. Es handelt sich um eine Spezialität, für welche eine Entscheidung um so weniger erforderlich ist, als der § 2028 ein Prinzip erkennen läßt, welches dasjenige, was bestimmt werden könnte, unmittelbar ergiebt.

§ 2100.

Hemmung der Frist in gewissen Fällen.

Wenn die Frist gegen Minderjährige oder diesen in der Geschäftsfähigkeit gleichgestellte Personen läuft, können sich Härten ergeben. Hiergegen schafft die Vorschrift Abhülfe, daß auf den Lauf der Inventarfrist des § 2097 und auf den Beginn und Lauf der im § 2098 Abs. 2 bezeichneten Frist die Vorschriften der §§ 164, 166 entsprechende Anwendung finden. Erreicht wird dadurch, daß gegen solche Personen die Frist nicht ablaufen kann, während sie einen gesetzlichen Vertreter nicht haben. Beginnen kann die Inventarfrist nach dem § 2097 Abs. 1 nur, wenn der Beschluß des Nachlaßgerichtes dem gesetzlichen Vertreter zugestellt ist. Deshalb ist nur in Ansehung der bezeichneten Fälle vorzusehen. „Lauf" trifft nach dem § 166 auch den Ablauf.

Geltendes Recht.

Das gemeine Recht gewährt Personen, welche durch gesetzliche Vertreter vertreten werden müssen, wenn von dem Privilegium der Soldaten abgesehen wird (in Ansehung dessen zweifelhaft ist, ob es noch gilt)[1]), nur den Schutz durch Restitution gegen Ablauf der Inventarfrist; ebenso das hamb. Recht, nach welchem jedoch die Frist für einen nach dem Tode des Erblassers bestellten Vormund erst mit dessen Vereidigung beginnt[2]). Die Mehrzahl der übrigen Rechte überträgt entweder die Inventarerrichtung stets dem Nachlaßgerichte als Amtssache oder läßt die Inventarerrichtung mit Zwang gegen den Vormund bewirken[3]). Nach dem preuß. A. L. R. I, 9 §§ 430, 431, II, 18 §§ 643, 644 (vergl. Vorm. O. v. 1875 § 50) kann der Vormund nur mit Genehmigung des Gerichtes auf das Inventarrecht verzichten; durch Handlungen oder Unterlassungen des Vormundes kann der Bevormundete das

[1]) Roth § 369 Anm. 9.

[2]) Baumeister II S. 280. Das altenb. Erbgef. §§ 147, 125 läßt die Fristen selbst gegenüber Bevormundeten laufen.

[3]) Vergl. Roth § 370 Anm. 44—50, § 384 Anm. 61—69; code civil Art. 461; Zachariae §§ 612, 619; für das österr. G. B. Unger § 42 Anm. 5; Mommsen § 256 Abs. 2; hess. Entw. Vorm. R. Art. 79.

Inventarrecht nicht verlieren; der Vormund wird, wenn nöthig, zwangsweise zur Inventarerrichtung angehalten. Anders bei denjenigen, welche unter väterlicher Gewalt stehen, abgesehen von dem freien Vermögen, in Ansehung dessen sie die Stellung Bevormundeter haben. Milde Stiftungen u. s. w. genießen nicht den gleichen Schutz (A. L. R. II, 19 § 42)[1].

Entwurf.

Der Entwurf hat, insbesondere gegen die Auffassung des preuß. A. L. R., dahin entschieden, daß auch hier der allgemeine Grundsatz festzuhalten ist, es sei für die bezeichneten Personen genügend gesorgt, wenn nur für den Fall besonders vorgesehen wird, in welchem eine gesetzliche Vertretung derselben nicht besteht. Diesen Grundsatz zu durchbrechen, sind die Gründe, welche für die Auffassung des preuß. A. L. R. sich geltend machen lassen, nicht ausreichend. Die Gefahr, welche darin gefunden werden kann, daß die bezeichneten Personen unter der Versäumung der Inventarfrist seitens des gesetzlichen Vertreters zu leiden haben, kann hier nicht höher angeschlagen werden, als in vielen anderen Fällen, in welchen eine Benachtheiligung durch Versäumniß des Vertreters möglich ist. Für die Nachlaßgläubiger ist zwar, wenn die bezeichneten Personen in der Weise begünstigt werden, daß für sie eine Inventarfrist nicht bestimmt wird und nicht laufen kann, ein fühlbarer Nachtheil insofern nicht zu befürchten, als der einzelne Gläubiger selbständig vorgehen und die Vorschützung und Begründung der Einrede des Inventarrechtes abwarten kann. Allein darin liegt kein Anlaß, diese Personen anders als andere Erben zu behandeln.

Dagegen ist es geboten, die bezeichneten Personen durch entsprechende Anwendung der §§ 164, 166 zu schützen. Hierfür sind dieselben Gründe maßgebend, auf welchen die entsprechende Vorschrift des § 2030 Abs. 3 beruht, vergl. S. 500. Die Ausdehnung der dadurch gewährten Vergünstigung auf die im § 166 miterwähnten juristischen Personen sowie auf geisteskranke Personen, welche nicht entmündigt sind, kann nur als gerechtfertigt erachtet werden.

§ 2101.

Weiterer Schutz für Bevormundete u. s. w.

Den unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stehenden Erben wird durch den § 2101 insofern noch ein weiterer Schutz gewährt, als das Nachlaßgericht, wenn es sich um einen solchen Erben handelt, dem vormundschaftlichen Gerichte von der erfolgten Fristbestimmung unverzüglich Mittheilung machen soll. Ist dies geschehen, so wird es Sache des Vormundschaftsgerichtes sein, in Ausübung seiner Aufsichtspflichten für die rechtzeitige Inventarerrichtung zu sorgen. In Ansehung des Pflegers ist eine entsprechende Vorschrift hier nicht erforderlich wegen des § 1743 in Verbindung mit dem § 1341 Abs. 2 (Motive zum Familienrechte S. 334).

Für den angestrebten Zweck erscheint die Vorschrift genügend. Dagegen besteht kein Anlaß, diese Mittheilung zur Voraussetzung für den Beginn des Laufes der Frist zu machen, wie denn auch der § 2030 eine derartige Vorschrift für den Beginn der Ausschlagungsfrist nicht enthält.

[1]) Eccius § 277 Anm. 78, 79; Dernburg § 222 Anm. 15, 17—19.

§ 2102.

III. Aufnahme und Inhalt des Inventares.

Das Inventar ist von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten aufzunehmen. Die Zuständigkeit bestimmt sich, da der Entwurf jeder weiteren Vorschrift sich enthält, nach den Landesgesetzen.

Geltendes Recht.

Das preuß. A. L. R. I, 9 §§ 436, 437 läßt ein von dem Erben aufgenommenes Inventar genügen; ein gerichtliches Inventar schreibt es nur vor, wenn der Nachlaß versiegelt war oder seine Unzureichendheit wahrscheinlich gemacht ist oder wenn es dem Inventare an den gesetzlichen Erfordernissen fehlt. In I, 9 §§ 438, 439 ist über die Form des Inventares bestimmt (vergl. A. G. O. II, 5 §§ 43 ff.); Mängel sind mit dem Verluste des Inventarrechtes bedroht; indessen besteht Meinungsverschiedenheit über die Auslegung des § 438 a. a. O.[1]). Das sächs. G. B. § 2331 und die thüring. Erbgesetze sowie einige ältere Rechte beschränkten Geltungsgebietes[2]) lassen dem Erben die Wahl zwischen gerichtlichem oder Privatinventare. Andere geltende Rechte verlangen für die Inventaraufnahme entweder Beobachtung einer Form, oder sie schreiben die amtliche Regulirung jeder mit der Inventarwohlthat angenommenen Erbschaft vor[3]). Der code civil Art. 794 mit code de proc. Art. 941 ff., das bad. Recht und das bayr. Notariatsges. von 1861 Art. 19 ordnen Aufnahme des Inventares durch einen Notar an. Ob das gemeine Recht ein notarielles Inventar verlangt, ist nicht unbestritten[4]).

Entwurf.

Indem der Entwurf die Aufnahme des Inventares durch eine Behörde oder einen Beamten, also ein öffentliches Organ, vorschreibt, wird nicht das System der amtlichen Nachlaßregulirung theilweise angenommen. Dieses Organ soll nicht berufen werden, gegen den Erben sich richtende Ermittelungen anzustellen; es soll vielmehr nur dem Erben als Beistand dienen. Der Werth dieses Beistandes liegt im Wesentlichen darin, daß der Erbe, wenn er auch zur wahrheitsgemäßen und vollständigen Angabe bereit ist, in der Herstellung eines auf seine Angaben sich gründenden Verzeichnisses unterstützt und vor der Herstellung eines unvollständigen, unbrauchbaren und vielleicht gar nicht die Bezeichnung als Inventar verdienenden Schriftstückes bewahrt wird. Nach den Erfahrungen des praktischen Lebens werden die Erben zumeist, auch wenn sie redlichen Willens sind, nicht in der Lage sein, ohne Beihülfe ein Inventar zu errichten, welches eine Uebersicht über den Stand des Nachlasses gewährt. Die Uebelstände, welche aus solchen mangelhaften Inventaren sich ergeben, können nicht als geringe angesehen werden. Diesen Uebelständen vorzubeugen, ist geboten. Daß die Belastung des Erben mit Kosten von einer Formvorschrift abzusehen nöthige, ist nicht anzuerkennen. Auch kann in dem gegen den Erben hierdurch geübten Zwange eine entbehrliche, mit den allgemeinen Grundsätzen

[1]) Vergl. Entsch. d. R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 973; Dernburg § 222 Anm. 1—7; Eccius § 270 Anm. 63—69.

[2]) Roth § 370 Anm. 51—53; Heimbach § 306 Anm. 4.

[3]) Roth § 370 III 1, 6; brem. Debit- und Nachlaßordn. § 297; Mommsen §§ 258 ff.; hess. Entw. Art. 259.

[4]) Windscheid § 603 bei Anm. 8; Brinz § 399 Anm. 7; Roth § 370 Anm. 38.

des Entwurfes nicht im Einklange stehende Bevormundung des Erben nicht gefunden werden. Freilich wird nicht erreicht werden, daß eine Gewähr für die sachliche Richtigkeit des Inventares auch dann besteht, wenn es der Erbe an der erforderlichen Aufrichtigkeit hat fehlen lassen. Eine solche Gewähr kann indessen nur beschafft werden, und selbst dann nur in beschränktem Maße, wenn die Behörden oder Beamten sofort nach dem Eintritte des Erbfalles einzugreifen hätten und mit inquisitorischen Befugnissen ausgestattet würden. Dies zu bestimmen, läßt sich mit dem Standpunkte des Entwurfes in Ansehung der amtlichen Nachlaßregulirung nicht vereinigen.

Da der Entwurf Vorschriften nicht giebt für den Fall, daß Nachlaßgegenstände nicht vorhanden oder die vorhandenen durch die Lasten des Nachlasses erschöpft sind (vergl. S. 605), so gilt auch in einem solchen Falle die Vorschrift des § 2102[1]). Die einfache Anzeige, daß nichts vorhanden sei, kann nicht genügen. Denn gerade in Fällen dieser Art bedarf der Erbe einer Belehrung von zuständiger Seite darüber, wie weit seine Anzeigepflicht sich erstreckt. Allerdings wird der Erbe in den vorausgesetzten Fällen die Kosten aus seinem eigenen Vermögen bestreiten müssen. Allein diese Kosten stehen in keinem Verhältnisse zu den Nachtheilen, welche dem Erben durch einen sachverständigen Beirath erspart werden können.

§ 2103.

2. Verfahren auf Grund des Antrages.

Für den Fall, daß der Erbe bei dem Nachlaßgerichte die Aufnahme eines Inventares beantragt, bedarf es einiger Vorschriften über das Verfahren. Diese enthält der § 2103.

Ist das Nachlaßgericht nach Maßgabe der Landesgesetze allein zuständig, so kann es die Aufnahme des Inventares durch einen dafür zuständigen Beamten bewirken lassen. (Vergl. preuß. Ausf. Ges. vom 24. April 1878 §§ 70, 74.) Ist es nach den Landesgesetzen nicht zuständig (z. B. wenn danach nur Notare zuständig sind), so hat es einem zuständigen Beamten den Auftrag zur Aufnahme des Inventares zu ertheilen. Sind nach den Landesgesetzen sowohl das Nachlaßgericht als andere Beamten zuständig, so kann das Gericht nach seiner Wahl die Aufnahme des Inventares selbst bewirken oder einen zuständigen Beamten mit der Aufnahme beauftragen. Dies bestimmt der erste Satz.

Inventarisirung für den Erben und in dessen Auftrage.

Dadurch, daß der Erbe für verpflichtet erklärt wird, in einem solchen Falle die zur Aufnahme des Inventares erforderliche Auskunft zu ertheilen (Satz 2), gelangt zum Ausdrucke, daß für den Erben und in dessen Auftrage inventarisirt wird. Der Erbe darf nicht in Passivität verharren. Er trägt also die Verantwortlichkeit, wenn durch seine Zurückhaltung das Inventar mangelhaft wird. Die rechtliche Stellung des mit der Inventaraufnahme befaßten Organes gegenüber dem Erben ändert sich hierdurch nicht. Ein Zwang

[1]) Vergl. wegen des preuß. A. L. R. Eccius § 270 Anm. 62, Dernburg § 222 Anm. 22.

zur Ertheilung der Auskunft, welchen die Behörde von Amtswegen ausüben könnte, ist nicht gewährt. Insbesondere ist dem betreffenden Organe nicht die Befugniß beigelegt, den Offenbarungseid zu erfordern.

Wahrung der Frist durch Stellung des Antrages.

Die in der Fassung an die §§ 190, 213 der C. P. O. sich anlehnende Vorschrift, daß durch Stellung des Antrages die Inventarfrist gewahrt wird (Satz 3), ist geboten, um Härten zu vermeiden, welche sich leicht ergeben könnten, wenn der Erbe das für die Inventaraufnahme erforderliche Zeitmaß unterschätzt, oder wenn das öffentliche Organ, dessen Zuziehung das Gesetz dem Erben gebietet, die Anfertigung des Inventares verzögert[1]). Eine genügende Sicherung gegen die in derartigen Fällen eintretende Gefahr der Versäumung der Inventarfrist ergiebt sich nicht aus der nach dem § 2097 Abs. 1 zulässigen Verlängerung der Frist, da die Genehmigung des Antrages auf Verlängerung von dem Ermessen des Nachlaßgerichtes abhängt. Daß auf diese Weise sich möglicherweise eine Verlängerung der Inventarfrist dann ergeben kann, wenn der Erbe erst zum Schlusse der Inventarfrist den Antrag bei dem Nachlaßgerichte stellt, kann nicht entscheidend in's Gewicht fallen.

Die Verfahrensvorschriften der beiden letzten Sätze beruhen auf Gründen der Zweckmäßigkeit.

§ 2104.

3. Bezugnahme auf ein bereits vorhandenes Inventar.

Befindet sich bei dem Nachlaßgerichte bereits ein den Vorschriften der §§ 2102, 2103 entsprechendes Inventar, so kann eine weitere Erleichterung der Inventarerrichtung, im Anschlusse an die gemeinrechtliche Praxis[2]) und die Praxis des preuß. A. L. R.[3]), gewährt werden. Es wird dem Erben gestattet, gegenüber dem Nachlaßgerichte nur die Erklärung abzugeben, daß das vorhandene Inventar als von ihm eingereicht gelten solle. Ob es einer solchen Vorschrift noch bedarf, und ob dies Ergebniß nicht bereits aus den §§ 2102, 2103 zu entnehmen ist, kann zweifelhaft sein. Die Aufnahme einer Vorschrift ist indessen räthlich, da eine abweichende Auffassung nicht fern liegen würde. Die Vorschrift gilt selbstverständlich auch dann, wenn das Inventar von einem Miterben eingereicht ist[4]).

Einreichung durch einen Bevollmächtigten.

Eine besondere Vorschrift darüber, daß die Einreichung des Inventares auch durch einen Bevollmächtigten erfolgen könne, ist entbehrlich. Soweit das Gesetz nicht Ausnahmen bestimmt, ist Vertretung zulässig. Noch weniger wäre eine Vorschrift angemessen, daß die Behörde oder der Beamte als zur Einreichung bevollmächtigt gelte. Soweit der § 2103 im Schlußsatze bestimmt, ist eine weitere Vorschrift entbehrlich. Darüber hinaus besteht kein Bedürfniß und würde eine Vorschrift bedenklich sein, weil die daraus sich ergebende

[1]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Seuffert's Arch. 19 Nr. 168; Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 20 S. 81 in einer bayrischen Sache; Entsch. d. preuß. Ob. Trib. 15 S. 108, Dernburg § 222 Anm. 10.

[2]) Vergl. Seuffert's Arch. 16 Nr. 124 a. E., 23 Nr. 237.

[3]) Vergl. Striethorst's Arch. Bd. 69 S. 158; Eccius § 270 Anm. 62, 70.

[4]) Vergl die Entsch. in Anm. [1]) und Eccius § 270 Anm. 76.

Vermuthung unter Umständen nicht zutreffen möchte. Die Vorschriften über Vertretung ohne Vertretungsmacht werden Anwendung zu finden haben. Die Anwendung derselben ist von Bedeutung für die Frage, ob die Inventarfrist eingehalten war.

§ 2105.

4. Inhalt. Vorhandene Gegenstände. Nachlaßverbindlichkeiten.

Darüber, was das Inventar enthalten soll, giebt der § 2105 Auskunft. Erwähnt werden (Abs. 1) die bei dem Eintritte des Erbfalles vorhandenen Gegenstände und die Nachlaßverbindlichkeiten. Der Entwurf beschränkt sich aber auf die Vorschrift „soll enthalten", weil die Bestimmung „muß enthalten" zur Folge haben würde, daß ein Mangel die Nichtigkeit herbeiführen und demgemäß den Verlust des Inventarrechtes veranlassen würde. Mit dem preuß. A. L. R. I, 9 §§ 434, 435 (vergl. A. G. O. II, 5 § 53) wird die Angabe der Aktiva und Passiva, nicht ausschließlich der Aktiva, verlangt (vergl. sächs. Ann. 2. F. Bd. 1 S. 209 und Bd. 2 S. 348 für das sächs. G. B.). In Ansehung der Verbindlichkeiten kann nicht lediglich von den bei dem Eintritte des Erbfalles vorhandenen Verbindlichkeiten gesprochen werden, weil damit die Ansprüche aus Vermächtnissen, Auflagen und Pflichttheilsrechten ausgeschlossen würden, obschon auch diese Ansprüche im Inventare ihre Stelle finden müssen. Nicht in Frage kommen die Veränderungen, welche in Ansehung des Nachlasses eingetreten sind, während derselbe in den Händen des Nachlaßpflegers, des Testamentsvollstreckers oder des Erben selbst sich befand. Darüber, inwieweit die nachträglich eintretenden Veränderungen auf die Verpflichtung des Inventarerben von Einfluß sind und den Erben deshalb die Verpflichtung zur Rechnungslegung (deren Basis das Inventar bildet) trifft, ist nicht an dieser Stelle zu bestimmen (vergl. § 2112).

Beschreibung. Werthangabe.

Verlangt wird ferner (Abs. 2) eine Beschreibung der Nachlaßgegenstände, soweit dieselbe zur Bestimmung des Werthes erforderlich ist, sowie die Angabe des Werthes. Ueber den Zeitpunkt, welcher für die Werthbestimmung maßgebend ist, ist eine besondere Vorschrift an dieser Stelle entbehrlich. Darüber, von welchem Zeitpunkte an der Erbe für die Erhaltung des Werthes des Nachlasses verantwortlich ist, und welcher Zeitpunkt für eine nach dem Werthe des Bestandes sich bestimmende Haftung des Erben entscheidend ist, bestimmen die §§ 2112, 2113.

§ 2106.

5. Unvollständigkeit. Absichtliche Nichtaufnahme eines Nachlaßgegenstandes.

Das Inventar kann unvollständig sein. Im Anschlusse an mehrere Rechte ist eine besondere Vorschrift gegeben für den Fall, daß der Erbe einen Nachlaßgegenstand in der Absicht, die Nachlaßgläubiger zu benachtheiligen, in das Inventar nicht aufgenommen hat[1]). Das preuß. A. L. R. beschränkt sich auf eine Vorschrift für den Fall, daß der Nachlaß durch die Schuld des Erben

[1]) Code civil Art. 801; Mommsen § 265; hess. Entw. Art. 274, 275; für das hamb. Recht Baumeister II S. 383 zu e.

so verdunkelt ist, daß seine wahre Beschaffenheit nicht ausgemittelt werden kann (I, 9 § 439)[1]).

Der Fall, daß ein Inventar eingereicht wird, welches den Namen eines solchen nicht verdient, kann nach dem Entwurfe nicht wohl vorkommen. Ein Hauptzweck des § 2102 ist es, zu verhüten, daß derartige Inventare aufgenommen werden. Aber die Vorschrift des § 2102 kann nicht verhindern, daß das formgerechte Inventar in materieller Hinsicht an erheblichen Unvollständigkeiten leidet. Ist dies der Fall, so gewährt der § 2105 deshalb keine Abhülfe, weil er nur bestimmt „soll enthalten". Deshalb ist eine weitere Vorschrift geboten. Der Entwurf gewährt eine Abhülfe nur in beschränktem Umfange. Er befaßt sich lediglich mit einem allerdings erheblichen Falle, dem der Nichtaufnahme eines Gegenstandes in der Absicht, die Nachlaßgläubiger zu benachtheiligen, und knüpft also an Voraussetzungen an, welche nur selten zu erweisen sein werden. Dennoch erscheint die Vorschrift gerechtfertigt, auch wenn sich dagegen erinnern lassen möchte, daß es sich um eine im Gesetze thunlichst zu vermeidende Privatstrafe und nicht um die Entziehung einer ausnahmsweise dem Erben zugestandenen Begünstigung handele. Der Umfang der durch das dolose Verhalten des Erben herbeigeführten Schädigung der Nachlaßgläubiger ist in dem bezeichneten Falle schwer, wenn überhaupt, zu ermitteln. Es verdient daher den Vorzug, wenigstens für diesen Fall die Folge des Verlustes des Inventarrechtes gegenüber allen Nachlaßgläubigern zu bestimmen. Die Inventarerrichtung soll insbesondere den Nachlaßgläubigern eine Uebersicht über den Stand des Nachlasses gewähren und denselben ermöglichen, geeignete Entschließungen zu fassen. Leidet das Inventar an absichtlich herbeigeführter Unvollständigkeit, so ist es hierzu nicht geeignet.

Weiter zu gehen und den Verlust des Inventarrechtes in noch anderen Fällen zu bestimmen, würde zu den größten Härten gegen den Erben führen.

Ergänzung.

Ob dann, wenn das Inventar solche Unrichtigkeiten enthält, und dies sich ergiebt, bevor die bestimmte Inventarfrist abgelaufen ist, die Ergänzung noch innerhalb der Frist zulässig sei, kann der Entscheidung durch Praxis und Wissenschaft überlassen bleiben.

Nicht absichtliche Unvollständigkeit.

Eine Unvollständigkeit des Inventares kann aber auch festgestellt sein, ohne daß die Voraussetzungen des ersten Absatzes vorliegen. Steht die Unvollständigkeit fest, so wird meist oder doch oft die erforderliche Ergänzung des Inventares von selbst gegeben sein. Ist aber die Unvollständigkeit in einer bestimmten Beziehung nur im Allgemeinen festgestellt, aber noch nicht aufgeklärt, welche einzelne Gegenstände in Folge dieser Unvollständigkeit in das Inventar aufzunehmen sind (ist z. B. ermittelt, es gehöre zum Nachlasse noch eine im Inventare übergegangene, von dem Erblasser erworbene Erbschaft), so soll (Abs. 2) das Nachlaßgericht dem Erben auf Antrag eine Frist zur Ergänzung bestimmen, in Ansehung deren die Vorschriften der §§ 2095—2101 für entsprechend anwendbar erklärt werden. Dies erscheint zweckmäßig, um

[1]) Vergl. hierzu Dernburg § 222 Anm. 6, Eccius § 270 Anm. 69 mit Anm. 63; Unger § 42 Anm. 5 tadelt, daß eine derartige Vorschrift im österr. G. B. fehlt.

die Weiterungen abzuschneiden, welche entstehen würden, wenn die Geltendmachung der Unvollständigkeit lediglich in den einzelnen Prozessen zwischen den Nachlaßgläubigern und dem Erben erfolgt.

Offenbarungseid. Enthielte der Entwurf für die bezeichneten Fälle keine Vorschriften, so wäre das Ergebniß das folgende. Der auskunftspflichtige Erbe könnte von jedem einzelnen Nachlaßgläubiger im Wege des Rechtsstreites zur Leistung des Offenbarungseides angehalten werden. Wird der Eid geleistet, so wäre das Inventar maßgebend. Wird der Eid nicht geleistet oder dem Erben nachgewiesen, daß er seine Eidespflicht schuldhaft verletzt habe, so träte die Verbindlichkeit des Erben zum Schadensersatze ein; diese würde in vielen Fällen dazu führen, daß der Erbe persönlich für den ganzen Umfang der Nachlaßverbindlichkeit haftete. Zweifel würden sich aber ergeben, inwieweit dem Erben nach Ablauf der Inventarfrist vor Ableistung des Offenbarungseides noch die Befugniß zustehe, das Inventar zu berichtigen und zu vervollständigen; denn in einem solchen Falle ist das eidlich bekräftigte Inventar nicht rechtzeitig eingereicht, und es ließe sich in Frage stellen, ob die Einreichung eines Inventares, welches an einer von dem Erben verschuldeten Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit leidet, als Inventarerrichtung gelten könnte. Möglich wäre es, zu bestimmen, die Leistung des Offenbarungseides habe vor dem Nachlaßgerichte zu erfolgen, und das Inventarrecht erlösche, wenn der Erbe nicht innerhalb der von dem Nachlaßgerichte bestimmten Frist den Eid leiste. Die eidliche Bekräftigung des Inventares würde dadurch als ein Akt behandelt, durch welchen die Inventarerrichtung innerhalb einer der Inventarfrist ähnlichen weiteren Frist vollendet würde. Nothwendig wäre aber alsdann, vorzusehen, daß der Erbe seine Angaben vor der Eidesleistung berichtigen könnte. Allein eine solche Regelung würde nicht angemessen sein. Damit würde eine doppelte Inventarerrichtung eingeführt, eine provisorische und eine definitive. Die hierdurch eintretende Verwickelung des Rechtes ist nicht wünschenswerth. Darin allein, daß die Folgen der Leistung oder Verweigerung des Offenbarungseides für den einzelnen Rechtsstreit zu bestimmen sind und in mehreren Rechtsstreitigkeiten verschieden sein können, kann ein hinreichender Grund nicht gefunden werden, zu einer so verwickelten Lösung zu greifen. Ueberdies könnten sich unter Umständen große Härten ergeben, wenn der Erbe deshalb das Inventarrecht gegenüber allen Nachlaßgläubigern verlieren sollte, weil er gegenüber einem einzelnen Gläubiger die Eidesleistung verweigerte. Der Erbe, welchem gegenüber nur eine einzelne Nachlaßverbindlichkeit von vielleicht nicht erheblichem Betrage geltend gemacht ist, kann vorziehen, diesen Gläubiger aus eigenen Mitteln zu befriedigen. Ihm deshalb das Inventarrecht gegenüber anderen Gläubigern, welche größere Beträge zu fordern haben, zu entziehen, wäre nicht gerechtfertigt, zumal es denkbar ist, daß ihm diese weiteren Verbindlichkeiten erst später bekannt geworden sind.

Nichterwähnung einer Nachlaßverbindlichkeit. Eine besondere Vorschrift darüber, welche Folgen es hat, wenn der Erbe eine einzelne Nachlaß*verbindlichkeit* wissentlich nicht in das Inventar aufgenommen hat, ist entbehrlich. Eine allgemeine Verpflichtung des Erben, durch Aufnahme aller Nachlaßverbindlichkeiten für die Berücksichtigung der Ansprüche aller Gläubiger Sorge zu tragen, ist nicht anzunehmen. Welche

Folgen die Verletzung der Auskunftspflicht seitens des Erben hat, insbesondere die Schadensersatzpflicht des Erben, ergiebt sich aus den allgemeinen Grundsätzen.

Wegen des Verhältnisses zu Miterben als Nachlaßgläubigern vergl. § 2146.

§ 2107.

6. Einsicht des errichteten Inventares.

Aus Zweckmäßigkeitsgründen bestimmt der § 2107, daß die Einsicht des errichteten Inventares einem Jeden zu gestatten sei, welcher ein rechtliches Interesse glaubhaft macht. Die Vorschrift enthält eine Anweisung an das Nachlaßgericht. Daß der Nachlaßgläubiger ein berechtigtes Interesse haben kann, den Stand des Nachlasses thunlichst bald kennen zu lernen, erscheint zweifellos.

Das preuß. A. L. R. I, 9 §§ 423, 433 gestattet auch die Hinterlegung eines versiegelten Inventares, welches nicht geöffnet werden soll, bevor der Erbe sich nicht gegenüber einem Gläubiger oder Vermächtnißnehmer auf das Inventarrecht beruft (vergl. Reskr. v. 7. Juni 1835; Jahrb. Bd. 51 S. 363). Das Bedürfniß für eine solche Vorschrift, welche sonst im geltenden Rechte sich nicht findet, kann nicht anerkannt werden.

§ 2108.

IV. Verlust des Inventarrechtes gegenüber einem Nachlaßgläubiger.

Der § 2108 wendet sich zu dem Verluste des Inventarrechtes gegenüber einzelnen Nachlaßgläubigern, also zu einem relativen Verluste. Ein solcher Verlust kann eintreten einmal durch Vertrag und dann dadurch, daß das Recht von dem Erben im Prozesse nicht geltend gemacht oder im Urtheile nicht vorbehalten ist. Die Fassung „durch Vertrag“ umfaßt auch die pacta in favorem tertii (§ 412). Im Anschlusse an den § 2063 ist hier gleichfalls „im Prozesse nicht geltend gemacht oder im Urtheile nicht vorbehalten“ unterschieden. Die Worte „im Urtheile nicht vorbehalten“ können ausreichend erscheinen; allein, genau genommen, sind doch beide Fälle verschieden.

Bezweckt wird zugleich, den Zweifel auszuschließen, ob nicht auch der Verlust des Inventarrechtes durch unterlassene Geltendmachung der Inventareinrede gegenüber allen Nachlaßgläubigern eintrete, obschon eine solche Annahme deshalb ausgeschlossen ist, weil der § 2095 Abs. 1 eine Fristsetzung durch das Nachlaßgericht vorschreibt. In dieser Richtung könnten jedoch Bedenken erhoben werden wegen der §§ 695, 696 Abs. 1, 3 der C. P. O., welche der Entwurf unberührt läßt, und deshalb auch weder wiederholt noch überträgt.

Die Erwähnung des Vertrages läßt erkennen, daß neben dem im § 2094 formalisirten Verzichte mit objektiver Wirkung ein nur zu Gunsten eines bestimmten Gläubigers wirkendes Aufgeben des Inventarrechtes durch formloses Rechtsgeschäft zulässig und nicht lediglich dann aufrecht zu erhalten ist, wenn die Voraussetzungen des § 264 vorliegen.

Wegen des Verlustes der Abzugseinrede gegenüber einem einzelnen Gläubiger, falls die Leistung des Offenbarungseides verweigert wird, vergl. § 2142.

§§ 2109—2119.

V. Nachlaßkonkurs.

Wie schon zum § 2092 (S. 605) erwähnt ist, kann das Inventarrecht in zwiefacher Weise ausgeübt werden, einmal so, daß der Erbe seine Verpflichtung, die Gläubiger konkursmäßig zu befriedigen, gegenüber allen Gläubigern zugleich durchführt, Nachlaßkonkurs (§§ 2109—2119), dann aber auch so, daß er gegenüber dem einzelnen Gläubiger sein Recht geltend macht, Einrede des Inventarrechtes (Abzugseinrede), (§§ 2133—2145, vergl. aber auch die §§ 2110 Abs. 2, 2130, 2143). Das zur Information des Erben, ob er von dem Nachlaßkonkurse oder von der Abzugseinrede Gebrauch machen will, gewährte Mittel des erbschaftlichen Gläubigeraufgebotes (§§ 2120—2132), steht insofern, als es gegenüber allen Gläubigern beantragt wird und wie der Nachlaßkonkurs ein Aufgebot erfordert, in gewisser Beziehung dem Nachlaßkonkurse näher als der Abzugseinrede.

§ 2109.

1. Zulässigkeit.

Ist das Inventarrecht in Gemäßheit der im § 2109 angerufenen Vorschriften gegenüber allen Erben erloschen, so ist jeder Unterschied zwischen dem Vermögen des Erben und dem Nachlasse in Ansehung der persönlichen Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten aufgehoben. Damit hat der Ausnahmezustand sein Ende erreicht, vermöge dessen der Erbe gleichsam als Subjekt zweier Vermögen, seines eigenen Vermögens und des Nachlasses, anzusehen ist. Ein Nachlaßkonkurs würde in einem solchen Falle, abgesehen von den Fällen des § 2150, bedeutungslos sein.

Daß der Erbe auf eine hiernach unstatthafte Konkurseröffnung keine Einrederechte gründen kann, wird so wenig bestimmt, wie daß das im Widerspruche mit der Vorschrift eingeleitete Konkursverfahren nichtig sei.

Vorzuschreiben, jeder Nachlaßgläubiger solle die sofortige Beschwerde gegen die Eröffnung des Nachlaßkonkurses erheben dürfen, kann nicht für angemessen erachtet werden. Allerdings hat nach dem § 101 der Konk. O. nur der Gemeinschuldner — also hier der Erbe — das Recht der Beschwerde. In dieser Beziehung die Konk. O. zu ändern, fehlt es jedoch an genügenden Gründen. Nach dem § 2095 ist kein Nachlaßgläubiger behindert, sich an den Erben persönlich zu halten, wenn dieser das Inventarrecht gegenüber allen Nachlaßgläubigern verloren hat. Der einzige Nachtheil, welcher den einzelnen Nachlaßgläubiger durch die ungerechtfertigte Konkurseröffnung trifft, ist mehr formeller Natur. Er besteht darin, daß der Gläubiger, wenn die persönliche Zahlungsfähigkeit des Erben fraglich ist, seine Ansprüche zu seiner Sicherheit im Konkurse anzumelden hat. Dieser mögliche Nachtheil ist von so geringer Bedeutung, daß er einen, an sich thunlichst zu vermeidenden Eingriff in die Verfahrensvorschriften der Konkursordnung nicht rechtfertigt.

Wegen der am Schlusse beigefügten Worte „unbeschadet der Vorschrift des § 2150 Abs. 1" ist außer S. 605, 606 die Begründung des § 2150 zu vergleichen.

§ 2110.

2. Wirkungen der Eröffnung. Voraussetzungen.

Die Voraussetzungen der Konkurseröffnung über den Nachlaß werden, abgesehen von den §§ 2109, 2150, von dem Entwurfe nicht bestimmt. Vorschriften hierüber sind entbehrlich, weil kein Anlaß besteht, in Ansehung des Rechtes des Erben, die Eröffnung des Konkurses zu beantragen, von der Konkursordnung abzuweichen. Es bewendet also bei den §§ 203—205, 96 der Konk. O. Der Inventarerbe hat hiernach ein Vermögensverzeichniß einzureichen, nach dessen Inhalte das Gericht beurtheilt, ob das Erforderniß der Ueberschuldung des Nachlasses vorliegt. Insbesondere fehlt es an genügenden Gründen, von dem Erben noch besonders zu verlangen, daß er die Ueberschuldung glaubhaft mache. Darauf hinzuweisen, daß in Ansehung der Voraussetzungen für die Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Vorschriften der Konk. O. maßgebend sind, ist nicht erforderlich, weil deren Fortbestehen aus dem Einführungsgesetze sich ergeben wird. Die Verweisung würde aber auch insofern bedenklich sein, als jene Vorschriften durch den Entwurf einige Modifikationen oder Ergänzungen erleiden (vergl. z. B. § 2128).

Wegen der Befugniß des Nachlaßgläubigers, welcher ein rechtskräftiges Urtheil gegen den Erben erlangt hat, in welchem die Abzugseinrede berücksichtigt ist, noch den Nachlaßkonkurs zu beantragen, vergl. zum § 2145.

Zur Konkurseröffnung unzureichende Masse.

Der Entwurf sieht ferner nicht besonders vor für den Fall, daß die Eröffnung des Nachlaßkonkurses auf Grund der §§ 99, 190 der Konk. O. verweigert wird. Soweit sich im Nachlasse etwas vorfindet, ist dies konkursmäßig zu vertheilen. Jede Abweichung von diesem Grundsatze würde die berechtigten Nachlaßgläubiger in bedenklicher Weise der Gefahr der Beeinträchtigung aussetzen. In Fällen dieser Art wird die Masse zumeist schon durch die Beerdigungskosten, durch Berichtigung des Liedlohnes u. s. w. erschöpft werden. Scheut der Erbe nur geringe Belästigung, das Wenige konkursmäßig zu vertheilen, so bleibt ihm unbenommen, die Erbschaft auszuschlagen.

Geltendmachung nur im Konkurse.

Wird der Konkurs über den Nachlaß eröffnet, so kann der Nachlaßgläubiger in der Regel seine Forderung nur im Konkurse geltend machen (Abs. 1). Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses, mag sie von dem Erben oder von einem Gläubiger beantragt sein, schließt jede Rechtsverfolgung des Gläubigers gegen den Erben aus. Durch die Eröffnung des Konkurses wird der Erbe haftfrei, sofern nicht im Konkurse ein Ueberschuß bleibt. Für diesen letzteren Fall bestimmt der § 2118. Deshalb fügt der Entwurf die Worte „unbeschadet der Vorschriften des § 2118“ bei. Die Vorschrift des ersten Absatzes ist erforderlich, weil nach der Konk. O. die Geltendmachung einer Forderung gegen den Gemeinschuldner auch nach der Eröffnung des Konkurses nicht ausgeschlossen ist. Der Erbe ist, wenn der Nachlaßkonkurs eröffnet ist, in gewissem Sinne als Gemeinschuldner anzusehen; den weiteren gegen seine Person sich richtenden Angriffen von Nachlaßgläubigern darf er jedoch nicht ausgesetzt bleiben, zumal ihm von der Konkurseröffnung an jede Verfügung über den Nachlaß entzogen ist (vergl. Konk. O. §§ 5 ff.). Als besondere Voraussetzung aufzustellen, daß der Erbe das Inventar bereits errichtet

haben müsse, würde nicht passend sein. In der Regel kann der Nachlaßkonkurs nur eröffnet werden, wenn der Erbe das Inventarrecht nicht verloren hat (vergl. jedoch § 2150).

Die Frage, ob von dem Erben, gegen welchen seitens eines Gläubigers ein Anspruch erhoben wird, nachdem der Konkurs eröffnet ist, die Konkurseröffnung im Wege der Einrede geltend zu machen sei, oder ob die Konkurseröffnung, insbesondere im Versäumnißverfahren, von Amtswegen zu berücksichtigen sei, bedarf einer Lösung im Gesetze nicht. Allerdings greift das Inventarrecht nur Platz, wenn es angerufen ist (vergl. § 2092 Abs. 1). Eine solche Anrufung liegt aber vor, wenn der Erbe selbst den Konkurs beantragt hat. Auch dann, wenn ein Gläubiger den Konkurs erwirkt hat, mag sich aufstellen lassen, es liege in dem Umstande, daß der Erbe sich gegen die Konkurseröffnung nicht aufgelehnt habe, eine stillschweigende Anrufung des Inventarrechtes.

Der Entwurf spricht nicht die definitive Entlastung des Erben von den Nachlaßverbindlichkeiten im Falle der Eröffnung des Nachlaßkonkurses aus. Dies würde zu weit gehen und zur Folge haben, daß alsdann Verbindlichkeiten ohne Schuldner beständen. Das Fortbestehen der Verbindlichkeit des Erben unterscheidet sich, auch wenn der Erbe als Schuldner angriffsfrei gestellt wird, wesentlich von der völligen Aufhebung der Schuldenhaftung. Zum Schutze des Erben ist der Ausschluß der Rechtsverfolgung seitens des Gläubigers gegen ihn (den Erben) erforderlich, aber auch genügend. Der Erbe gelangt im Wesentlichen in die Stellung, daß ihm ein Einrederecht zusteht. Ob unter Umständen die Konkurseröffnung noch eine weiter gehende Wirkung hat, ob insbesondere ein anhängiger Prozeß die im § 218 der C. P. O. bestimmte Unterbrechung erleide, kann der Entscheidung durch Praxis und Wissenschaft überlassen bleiben. Der § 2092 greift durch seine Fassung einer solchen Entscheidung nicht vor.

Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung.

Nach Annahme der Erbschaft sind in Gemäßheit des § 2057 alle Maßregeln der Zwangsvollstreckung gegen das Vermögen des Erben zulässig. Diese Maßregeln und die ihnen gleichzustellenden Maßregeln der Arrestvollziehung können indessen nur zulässig sein, solange nicht der Nachlaß durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses von dem Vermögen des Erben getrennt wird. Denn mit der Aufhebung der Vermögensvereinigung fällt der Grund weg, aus welchem das Erbenvermögen den wegen Nachlaßverbindlichkeiten verfügten Maßregeln der bezeichneten Art ausgesetzt ist. Die gegen das Vermögen des Erben bereits erfolgten Maßregeln sind daher nach der Konkurseröffnung aufzuheben (Abs. 1 a. E.).

Aber auch die gegen den Nachlaß erfolgten Maßregeln der Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung dürfen dem Gläubiger kein Recht auf abgesonderte Befriedigung im Nachlaßkonkurse gewähren (Abs. 1 erster Halbsatz). Die im § 696 Abs. 2 der C. P. O. hierüber dem bürgerlichen Rechte vorbehaltene Entscheidung ist in dem angegebenen Sinne getroffen. Der Nachlaßgläubiger darf nicht durch Erwirkung solcher Maßregeln sein Recht auf eine der konkursmäßigen Beurtheilung des Nachlasses entsprechende Befriedigung in ein Recht auf volle Befriedigung verwandeln. Es würde nicht einmal ge-

nügen, wenn das begründete richterliche Pfandrecht nur in Ansehung desjenigen Bruchtheiles der Forderung, welcher bei konkursmäßiger Vertheilung des Nachlasses auf den Gläubiger entfallen würde, ein Recht auf abgesonderte Befriedigung gewährte. Denn sonst würde die Konkursmasse in eine ungünstige prozessuale Stellung versetzt, da sie dem absonderungsberechtigten Gläubiger nachzuweisen hätte, um wieviel seine Forderung zu kürzen sei. Das Pfandrecht muß hiernach, soweit nicht die Ausnahmen des Abs. 2 vorliegen, seine Wirkung im Nachlaßkonkurse verlieren.

Ist das Pfandrecht vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses bereits realisirt, so hat die Konkursmasse ihre Deckung in der Verantwortlichkeit des Erben, des Nachlaßpflegers u. s. w. zu suchen. Diese waren berechtigt und verpflichtet, der Realisirung des Pfändungspfandrechtes zu widersprechen (vergl. auch § 2065 Abs. 1). In einem solchen Falle wird der befriedigte Nachlaßgläubiger, mindestens in der Regel, einem Rückforderungsanspruche wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 739 ff.) nicht ausgesetzt sein.

Einfluß des Erlöschens des Inventarrechtes.

Die Vorschriften des ersten Absatzes müssen jedoch außer Anwendung bleiben, wenn das Inventarrecht gegenüber dem Gläubiger nach dem § 2108 ausgeschlossen ist. Trifft diese Voraussetzung zu, so kann der Gläubiger den Erben in Anspruch nehmen, wie wenn Konkurs nicht eröffnet wäre (§ 2109). Ein Gleiches muß dann gelten, wenn das Inventarrecht gegenüber allen Nachlaßgläubigern erloschen ist (§§ 2094, 2095, 2106). In einem solchen Falle ist zwar der Nachlaßkonkurs zur Ungebühr eröffnet. Diese Ungebührlichkeit kann indessen die Rechte des Gläubigers, sich an den Erben zu halten, nicht beeinträchtigen. Auf diese Ausnahmen hinzuweisen, ist im Interesse der Deutlichkeit rathsam, wenn es sich gleich nur um Folgerungen aus den bezeichneten Vorschriften handelt.

§ 2111.

Verfügungen des Erben über Nachlaßgegenstände.

In Ansehung der Wirkungen der von dem Erben vor der Konkurseröffnung getroffenen Verfügungen enthält der § 2111 den Grundsatz, daß der Erbe, ungeachtet des Inventarrechtes, berechtigt ist, über den Nachlaß unbeschränkt zu verfügen. Eine solche Verfügung verliert, auch wenn sie in der Veräußerung des ganzen Nachlasses (z. B. durch Erbschaftskauf) besteht, durch die spätere Eröffnung des Nachlaßkonkurses ihre Wirksamkeit nicht, vorbehaltlich der Haftung des Erben (vergl. §§ 497, 498, 2112).

Daraus, daß der Nachlaß an erster Stelle der Befriedigung der Gläubiger zu dienen hat und der Erbe gehalten sein muß, diese Bestimmung des Nachlasses bei seinen Verfügungen über Nachlaßgegenstände im Auge zu behalten, könnte gefolgert werden, der Erbe sei gegenüber den Nachlaßgläubigern dinglich gebunden. Die dingliche Bindung würde dann im Falle der Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß in ihren Wirkungen zu Tage treten. Eine derartige dingliche Gebundenheit in Ansehung der Immobilien kennt das preuß. A. L. R. I, 9 §§ 447—451; diese Vorschriften sind jedoch aufgehoben durch die preuß. Verordn. vom 28. März 1840. Daher erscheint es mindestens gerathen, klarzustellen, daß der Erbe gegenüber den Nachlaßgläubigern nur obligatorisch gebunden ist und seine Verfügungen fortbestehen.

§ 2112.

Verhältniß des Erben zur Konkursmasse.

Das Verhältniß zwischen dem Erben und der Konkursmasse nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses regelt der § 2112.

Geschäftsführung ohne Auftrag.

In Ansehung der von dem Erben vor Annahme der Erbschaft besorgten Geschäfte sollen die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag entsprechende Anwendung finden, und zwar ohne Unterschied, ob zur Zeit der Eröffnung des Konkurses die Erbschaft bereits angenommen war (Satz 1) oder noch nicht.

Für den Erben ist, solange er auf die beschränkte Haftung als Inventarerbe Anspruch macht, der Nachlaß in gewissem Sinne fremdes Gut. Hieraus folgt, daß dem Erben mit Rücksicht auf die Nachlaßgläubiger, zu deren Befriedigung der Nachlaß an erster Stelle zu dienen hat, und welchen der Nachlaß im Falle der Eröffnung des Nachlaßkonkurses gebührt, ein gewisses sorgsames Verfahren zur Pflicht zu machen ist. Die Gestaltung dieser dem Erben obliegenden gesetzlichen Verpflichtungen läßt sich in verschiedener Weise durchführen. Das Verhältniß könnte dem des Erbschaftsbesitzers gegenüber dem wirklichen Erben (§§ 2081 ff.) angeglichen werden, sodaß die Ueberlassung des Nachlasses zur Vertheilung im Konkurse ähnlich zu behandeln sein würde wie die Herausgabe der Erbschaft seitens des Erbschaftsbesitzers an den wirklichen Erben. Allein die Gleichstellung des Erben mit einem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer beschränkt den Erben gegenüber den Gläubigern nicht genügend, aber auch die Gleichstellung mit einem nicht gutgläubigen Erbschaftsbesitzer (§ 2085) würde wenig passend sein. Bei dem Erbschaftsanspruche ist der Erbschaftsbesitzer — und ebenso bei dem Eigenthumsanspruche der Besitzer (vergl. S. 585 und Motive zum Sachenrechte S. 404, 405) — nicht als Geschäftsführer ohne Auftrag angesehen und demgemäß für haftbar erachtet. Insbesondere war dafür maßgebend, daß die Behandlung des Besitzers als Geschäftsführers nicht vereinbar ist mit der Auffassung des Entwurfes von der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 749 ff.). Dieser Grund fällt für den vorliegenden Fall weg. In der Verfügung des Erben über den Nachlaß liegt gegenüber den Nachlaßgläubigern nicht eine widerrechtliche Verfügung über fremdes Gut, sondern eine Verfügung über eigenes Gut, welche nur in einer gewissen Richtung obligatorisch beschränkt werden muß. Wegen der Zweckbestimmung der Nachlaßgegenstände, welche materiell zunächst den Nachlaßgläubigern gebühren, hat der Inventarerbe im Hinblicke auf die Möglichkeit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses so zu verfahren, daß die zur Befriedigung der Gläubiger erforderlichen Mittel nicht verkürzt werden. Diese Art, mit den Nachlaßgegenständen zu verfahren, kann einer Geschäftsbesorgung für die Gläubiger gleichgestellt werden. Daß die Gegenstände dem Erben selbst gehören, steht nicht entgegen. Auch bei der Geschäftsführung ohne Auftrag und bei dem Auftrage kann es vorkommen, daß derjenige, welcher das Geschäft führt oder den Auftrag ausführt, das seiner Verfügung unterstellte Gut zu eigenem Rechte für fremde Rechnung hat.

Eine Besorgungspflicht ist mit dem Anfalle der Erbschaft noch nicht gegeben. Wie im Falle des § 2056 Abs. 1 kann der Erbe sich passiv ver-

halten. Verfügt er aber über Nachlaßgegenstände, so darf er nicht übersehen, daß er möglicherweise solche Geschäfte besorgt, bei welchen er die Nachlaßgläubiger als Geschäftsherren sich zu denken hat.

Auftragsverhältniß.

Mit der Annahme der Erbschaft ändert sich die Beurtheilung dahin, daß nunmehr die Geschäftsbesorgung in Ansehung des gesammten Nachlasses als übernommen zu gelten hat. Mit dem Verluste des Rechtes der Ausschlagung hört die Befugniß des Erben auf, sich passiv zu verhalten und das Interesse der Gläubiger unbeachtet zu lassen. Demgemäß erscheint es gerechtfertigt, nunmehr ein Auftragsverhältniß zu fingiren und auszusprechen, der Erbe sei so berechtigt und verpflichtet, wie wenn er mit der Verwaltung des Nachlasses beauftragt gewesen wäre (Satz 2). Damit ist klargestellt, daß der Erbe rechenschaftspflichtig, auskunftspflichtig und manifestationspflichtig ist; ferner ist ersichtlich, wie es mit der Herausgabe der Nutzungen und dem Ersatze von Verwendungen sich verhält.

Verwaltung.

Von der „Verwaltung des Nachlasses" schlechthin ist gesprochen, nicht von „Erhaltung und Verwaltung der Aktivmasse". Die Befriedigung der Nachlaßgläubiger gehört an sich nicht zu dem von dem Erben übernommenen Geschäfte; die Befriedigung der Gläubiger ist vielmehr im Konkurse zu erledigen. Allein es ist doch nicht ausgeschlossen und nicht als eine widerrechtliche Ueberschreitung der Befugnisse des Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern anzusehen, wenn der Erbe vor der Konkurseröffnung zum Zwecke der konkursmäßigen Befriedigung der Gläubiger oder zum Zwecke der Tilgung von Masseschulden über den Nachlaß verfügt.

Das Geschäft des Erben besteht, hiervon abgesehen, darin, daß für eine Behandlung des Nachlasses gesorgt wird, welche die Befriedigung der Gläubiger, falls es zum Konkurse kommt, nicht beeinträchtigt. Die Verwaltung umfaßt die gesammte thatsächliche und rechtliche Verfügung über das verwaltete Gut, schließt also auch Veräußerungen, zu welchen der Verwalter berechtigt ist, nicht aus. Die ordnungsmäßige Verwaltung dient ihrem Zwecke nach auch der Erhaltung. Der Umstand, daß der Entwurf einen besonderen Verwaltungsvertrag im Rechte der Schuldverhältnisse nicht kennt, steht der Verwendung des Ausdruckes nicht entgegen.

Von den in Bezug genommenen Vorschriften über den Auftrag passen einzelne nicht für alle Fälle, weil sie mit der rechtsgeschäftlichen Uebernahme der Geschäftsbesorgung wesentlich zusammenhängen; dies kann jedoch keinen Anstoß erregen. Jedenfalls führt die entsprechende Anwendung der §§ 591, 593, 595 zu einem angemessenen Ergebnisse. Dagegen wird für die Regel nicht anzunehmen sein, daß der Erbe wie ein vertragsmäßig Beauftragter selbst zu handeln habe (§ 588), ebensowenig, daß er zu Vorschüssen verpflichtet sei (§ 594). Die Vorschrift des § 586 Satz 2 — Honorirung des Beauftragten — wird wegen des obwaltenden eigenen Interesses des Erben nicht oder doch nur in seltenen Fällen zur Anwendung geeignet sein.

Surrogate.

Daß Vermehrungen des Nachlasses aus sich selbst heraus, welche nicht die Folge von Rechtshandlungen des Erben sind (vergl. § 2081 Nr. 2), dem Nachlasse zu Gute kommen, erscheint selbstverständlich. In Ansehung des Er-

Erwerb aus Rechtshandlungen.

werbes aus Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften des Erben bleibt zu beachten, daß auch dann, wenn fremde Geschäfte nicht vertretungsweise, sondern im eigenen Namen für fremde Rechnung besorgt werden, die Willensrichtung des Handelnden entscheidet, auf wessen Rechnung das Geschäft gehen soll. Allerdings geht hier der Wille nicht auf Handeln im Namen des anderen Theiles, sondern auf Handeln für Rechnung dieses anderen Theiles. Hiernach sind die Rechtshandlungen des Erben in ihren Wirkungen theils auf das eine, theils auf das andere Vermögen zu beziehen; aber die Beziehung ist nicht, wie bei der Vertretung, nach außen, sondern lediglich für das obligatorische Rechtsverhältniß zwischen der Konkursmasse und dem Erben von Bedeutung. Demgemäß kann der Konkursverwalter, wenn die erforderliche Willensrichtung des Erben klar ist, z. B. wenn Inventarstücke eines Nachlaßgrundstückes ersetzt oder eingezogene Nachlaßkapitalien zu Meliorationen oder Erweiterungen eines Nachlaßgrundstückes verwendet sind, verlangen, daß ein Erlös oder ein surrogirter Gegenstand herausgegeben, ein Forderungsrecht abgetreten werde u. s. w. Eintretendenfalls ist lediglich der wirkliche Erlös für einen veräußerten Gegenstand herauszugeben. Ein Mehreres kann nur dann verlangt werden, wenn der Erbe, welcher als Beauftragter anzusehen ist, sich schadensersatzpflichtig gemacht hat. Hatte der Erbe nicht den Willen, für den Nachlaß, also für fremde Rechnung, zu handeln, so ist er nur insoweit verantwortlich, als er durch Verbrauch von Nachlaßgegenständen oder durch anderweite Verfügung über solche etwas aus dem Nachlasse im eigenen Interesse in sein Vermögen hinübergenommen hat. Da der Erbe nicht veranlaßt ist, im Namen des Nachlasses zu handeln, so werden in manchen Fällen in Ansehung der Surrogation Zweifel entstehen können. Als Regel wird anzunehmen sein, daß der Erbe das aus Mitteln der Erbschaft Angeschaffte nicht herauszugeben, sondern nur Ersatz zu leisten habe.

Die Verantwortlichkeit des Erben entspricht vollständig der in den entsprechenden Fällen eintretenden Verantwortlichkeit des Beauftragten, welcher zu eigenem Rechte, aber für fremde Rechnung verwaltetes Gut hinter sich hat.

Versagung des Zurückbehaltungsrechtes.

Dem Erben, welcher den Nachlaß zur Konkursmasse herauszugeben hat, wird wegen seiner Gegenforderungen ein Zurückbehaltungsrecht versagt (Satz 3). Die Fassung schließt die Auslegung aus, daß der Erbe auf Herausgabe des Nachlasses besonders belangt werden müsse. Die Verneinung des Zurückbehaltungsrechtes auszusprechen, ist rathsam, weil sonst angenommen werden könnte, der Erbe habe wegen seiner Stellung als Geschäftsführer oder Beauftragter auch das diesen gemäß den §§ 595, 753 gebührende Zurückbehaltungsrecht. Daß ein solches Recht nicht gerechtfertigt sein würde, liegt auf der Hand. Der Erbe ist bei der Herausgabe des Nachlasses zur Konkursmasse mehr dem Gemeinschuldner gleichzustellen, welcher das eigene Vermögen zur Konkursmasse einliefert.

Zu dem Nachlasse gehörende Erbschaft rc.

Zu regeln ist noch der besondere Fall, daß zu dem Nachlasse eine Erbschaft oder ein Vermächtniß gehört und der Erbe diese Erbschaft eines Dritten, welche dem Erblasser angefallen war, oder das diesem angefallene Vermächtniß ausgeschlagen hat. In einem solchen Falle soll sich die Haftung des Erben

auch auf die Ausschlagung erstrecken (Schlußsatz). Die dem Erblasser angefallenen Erbschaften oder Vermächtnisse sind Bestandtheile des Nachlasses. Danach kann entbehrlich erscheinen, hierüber etwas zu bestimmen. Allein, da die Ansicht vertreten ist, durch den Anfall entstehe ein höchstpersönliches, in gleicher Eigenschaft auf den Erben übergehendes Recht, dessen freie Ausübung in keiner Weise zu Gunsten dritter Personen beschränkt oder mit Rechtsnachtheilen verbunden werden könne (vergl. l. 6 pr. §§ 2, 5 D. 42, 8 und l. 28 pr. D. 50, 16)[1]), so ist es rathsam, eine Vorschrift aufzunehmen.

Vereinigung mit Gesammtgut.

Ein Zweifel kann aufgeworfen werden, ob die Vereinigung der einem Ehegatten angefallenen Erbschaft mit dem ehelichen Gesammtgute oder dem Gesammtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft als eine Veräußerung der zu der Erbschaft gehörenden Gegenstände anzusehen sei, mag der Anfall vor oder nach dem Eintritte der Gütergemeinschaft erfolgt sein. Eine Feststellung, daß diese Vereinigung als Veräußerung nicht anzusehen sei, ist nicht erforderlich. Die Vereinigung der anfallenden Erbschaft mit dem Gesammtgute erfolgt kraft des Gesetzes (§ 1343), die gesetzliche Obligation, welche in Rücksicht auf die Rechte der Gläubiger dem Erben obliegt, muß daher fortdauern. Auch dann, wenn die Erbschaft bei dem Abschlusse des Ehevertrages über die Gütergemeinschaft dem einen Vertragschließenden bereits angefallen war, liegt ein Uebergang kraft des Gesetzes am nächsten. Wäre es zulässig, in einem solchen Falle eine Veräußerung des Nachlasses anzunehmen, so würde doch höchstens eine widerrufliche, im Konkursfalle der Herausgabe nicht entgegenstehende Veräußerung vorliegen.

§ 2113.

3. Masseschulden.

In Ansehung der Frage, welche Verbindlichkeiten im Nachlaßkonkurse Masseschulden sind, bedarf die Konk. O. vom Standpunkte des Entwurfes aus einiger Modifikationen[2]). Ueber die Masseschulden, welche nach dem § 53 der Konk. O. den Massekosten vorgehen, bestimmt der § 52 der Konk. O. An diesen knüpft der § 2113 auch in der Fassung an.

Verbindlichkeiten gegenüber dem Erben als Geschäftsführer 2c.

Als solche Masseschulden werden bezeichnet in Nr. 1 die der Konkursmasse nach dem § 2112 Satz 1, 2 gegenüber dem Erben obliegenden Verbindlichkeiten, welche daraus sich herleiten, daß der Erbe als Geschäftsführer oder Beauftragter angesehen wird. Nur dadurch, daß der Erbe wegen aller hiernach ihm zustehenden Gegenforderungen zum Massegläubiger erklärt wird, kann der Zweck des Inventarrechtes, den Erben vor der Gefahr zu schützen, daß er durch Annahme der Erbschaft in Verlust gerathe, erreicht werden. Diese Regelung gewährt einen angemessenen Ersatz für das im § 2112 dem Erben

[1]) Windscheid § 599 Anm. 6; — dagegen sächs. G. B. § 1511; code civil Art. 788; bayr. E. P. O. Art. 1208.

[2]) Wegen des früher geltenden Rechtes vergl. Windscheid § 606 Anm. 15; Roth § 370 Anm. 77; code civil Art. 810; — preuß. Konk. O. v. 8. Mai 1855 §§ 72, 368; — vergl. ferner österr. G. B. §§ 549, 802, Unger § 40 bei Anm. 12, § 42 bei Anm. 13.

abgesprochene Zurückbehaltungsrecht. Den Nachlaßgläubigern wird nicht zu nahe getreten. Der Nachlaß ist bis zur Konkurseröffnung für Rechnung der Nachlaßgläubiger verwaltet, und nur, was nach Abzug der gedachten Gegenforderungen von dem Nachlasse übrig bleibt, kann das Objekt ihrer Befriedigung sein. Aus jenen Gegenforderungen müssen Masseschulden entstehen, wie wenn die Verbindlichkeiten aus der Verwaltung der Masse entsprungen wären.

Kosten der Sicherung des Nachlasses ꝛc.

Die unter Nr. 2 aufgeführten Verbindlichkeiten: Kosten, welche durch die gerichtliche Sicherung des Nachlasses, die Nachlaßpflegschaft, die Inventarerrichtung und das Aufgebot der Nachlaßgläubiger sowie durch die Eröffnung einer Verfügung des Erblassers von Todeswegen entstanden sind, — sind solche, welche aus der Verwaltung des Nachlasses bis zur Konkurseröffnung entstanden sind. Bedenken kann in dieser Beziehung die Aufnahme der Kosten für die Eröffnung einer Verfügung von Todeswegen hervorrufen. Es kann als eine gewisse Härte für die Nachlaßgläubiger bezeichnet werden, daß sie zu diesen Kosten beitragen sollen, obschon sie an sich durch die Errichtung einer Verfügung von Todeswegen seitens des Erblassers nicht berührt werden. Allein die Eröffnung der Verfügung von Todeswegen dient zur Klarstellung der Gesammtrechtsnachfolge, und erfolgt daher in einem gewissen Sinne auch im Interesse der Gläubiger. Die Vorschrift entspricht dem gemeinen Rechte, l. 22 § 9 Cod. 6, 30, dem sächs. G. B. § 2329 und wohl auch dem preuß. Rechte. In Ansehung der Inventarisations- und Aufgebotskosten kann den Erben das Inventarrecht vor der unbeschränkten Haftung nicht schützen, wenn er selbst die Aufnahme des Inventares oder das Aufgebot beantragt hat. Er muß sich damit begnügen, daß er als Massegläubiger Ersatz verlangen kann.

Rechtsgeschäfte des Testamentsvollstreckers ꝛc.

Durch die Vorschrift unter Nr. 3 werden die Personen, mit welchen ein Testamentsvollstrecker oder ein Nachlaßpfleger innerhalb der Grenzen ihrer Befugnisse — für Rechnung des Nachlasses oder für Rechnung oder im Namen des Erben — Rechtsgeschäfte vorgenommen haben, als Massegläubiger erklärt. Die Vorschrift unterscheidet sich nur in Ansehung der zu begünstigenden Personen von den Vorschriften unter Nr. 1, 2 und 4, durch welche der Erbe selbst, der Testamentsvollstrecker oder der Nachlaßpfleger als Massegläubiger erklärt werden. Der innere Grund nämlich, daß eine Geschäftsbesorgung für den Nachlaß vorliegt, ist derselbe wie dort. Diese Verbindlichkeiten sind nach dem § 2092 zugleich Nachlaßverbindlichkeiten, welche dem Erben als solchem obliegen, aber dem Inventarrechte unterliegen.

Verbindlichkeiten gegenüber einem Testamentsvollstrecker ꝛc.

Die unter Nr. 4 bezeichneten dem Erben gegenüber einem Testamentsvollstrecker oder einem Nachlaßpfleger oder einem Erben, welcher die Erbschaft ausgeschlagen hat, aus der Geschäftsführung dieser Personen obliegenden Verbindlichkeiten müssen, weil der gleiche Gesichtspunkt wie in Ansehung der Verbindlichkeiten zu Nr. 3 zutrifft, als Masseschulden erklärt werden. Hätte der Erbe selbst die Geschäftsbesorgung vorgenommen, aus welcher er den bezeichneten Personen haftet, so würde ihm die Vorschrift unter Nr. 1 zu statten kommen. Es kann sich fragen, ob die letztere Vorschrift nicht auch dann genüge, wenn ein Testamentsvollstrecker oder ein Nachlaßpfleger die Geschäftsbesorgung vorgenommen hat, weil diese Personen als Vertreter des Erben zu gelten haben

und es demgemäß im Verhältnisse des Erben zur Konkursmasse so anzusehen sei, als habe der Erbe selbst gehandelt. Dasselbe läßt sich vielleicht auch von demjenigen Erben sagen, welcher erbschaftliche Geschäfte besorgt und demnächst noch die Erbschaft ausgeschlagen hat. Allein, wenn die Vorschrift mit Rücksicht auf diese als möglich bezeichnete Auffassung nicht aufgenommen würde, so könnten sich jene Personen immer nur an den Erben halten; dieser hätte seinerseits die ihm daraus entstandenen Verbindlichkeiten im Nachlaßkonkurse geltend zu machen. Dadurch würden jene Personen nicht ausreichend gesichert. Jedenfalls erscheint es einfacher und auch im Hinblicke darauf, daß der Entstehungsgrund der Verbindlichkeiten die Geschäftsführung ohne Auftrag ist, nur gerechtfertigt, jenen Personen wegen der bezeichneten Ansprüche unmittelbar die Stellung als Massegläubiger einzuräumen. Befriedigt der Erbe derartige Massegläubiger gemäß der ihm als Erben obliegenden Verbindlichkeit, so wird er vermöge des im § 2115 Abs. 2 ausgesprochenen Eintrittsrechtes selbst Massegläubiger. Daß diese Verbindlichkeiten nach dem § 2092 Nachlaßverbindlichkeiten seien, welche dem Inventarrechte unterliegen, ließe sich bezweifeln, wenn dem Schlußsatze des § 2092 ein positiver Karakter beizulegen ist. Diese Auffassung würde aber nicht die richtige sein (vergl. S. 603).

Beerdigungskosten.

Die Vorschrift unter Nr. 5 wegen der Kosten der standesmäßigen Beerdigung des Erblassers entspricht nicht nur dem § 2055 (vergl. § 1488 Abs. 4), sondern auch den dabei obwaltenden öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten und der Auffassung im Leben. Den Beerdigungskosten lediglich ein Vorrecht hinter den Masseschulden vor den übrigen Konkursforderungen einzuräumen, ist schon deshalb nicht rathsam, weil damit das Recht noch mehr verwickelt würde.

§ 2114.

4. Vereinigung.

Für den Fall der Vereinigung (Konfusion und Konsolidation) wird im Anschlusse an den § 1833 bestimmt, daß die Vereinigung mit Rückwirkung erlischt (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 272, 273). Eine dingliche Wiederherstellung des früheren Zustandes eintreten zu lassen und nicht lediglich eine obligatorische Verpflichtung zur Wiederherstellung zu bestimmen, ist geboten. Würde eine solche Wirkung nicht vorgeschrieben, so würde der Erbe Schaden leiden, da alsdann die Nebenrechte jedenfalls erlöschen würden, insbesondere Bürgen und Pfänder frei werden müßten. Die Vorschrift kann sich nicht an den § 499 anlehnen, weil der Erbe im Falle des Nachlaßkonkurses nicht auf Grund eines Vertrages den Nachlaß an die Konkursmasse herauszugeben hat, sondern durch die Konkurseröffnung aus dem Nachlasse verdrängt wird, sodaß die Analogie des Erbschaftskaufes nicht passen würde. Das geltende Recht dürfte überwiegend auf dem gleichen Boden stehen[1]).

Konvaleszenz.

Der Entwurf enthält im fünften Buche keine Vorschriften über die Konvaleszenz. Hat der Erbe über Rechte des Erblassers verfügt und wird

[1]) Windscheid § 606 Anm. 13; Roth § 370 Anm. 65; sächs. G. B. § 2329; Eccius § 270 bei Anm. 53, Dernburg § 224 bei Anm. 13; Kreittmayr Anm. 10a zum bayr. L. R. III, 1 § 18; Mommsen § 261 Abs. 1 mit § 248.

diese Verfügung in Folge der Beerbung wirksam, so ändert sich die Sachlage nicht durch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses. Die Verfügung des Erben bleibt ebenso bestehen, wie wenn der Erbe erst nach Eintritt des Erbfalles verfügt hat (§ 2111); jedoch ist der Erbe wegen dieser Verfügung den Nachlaßgläubigern so verantwortlich, wie wenn er erst nach Eintritt des Erbfalles verfügt hätte.

Für den Fall, daß in Folge der Beerbung eine Verfügung des Erblassers über ein Recht des Erben wirksam wird, bedarf es einer besonderen Entscheidung im Erbrechte nicht[1]). Der Zusatz zu den §§ 310, 830, 876 „wenn ... und das Erlöschen des Inventarrechtes eintritt" (vergl. Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 139, Motive zum Sachenrechte S. 189, 340) bringt zum Ausdrucke, daß die Konvaleszenz, solange das Inventarrecht besteht, verneint wird.

Würde bestimmt, die Vorschriften, nach welchen eine Verfügung des Erblassers über ein Recht des Erben in Folge der Beerbung wirksam wird, fänden im Falle des Konkurses über den Nachlaß keine Anwendung, so bliebe dem Erwerber lediglich ein Entschädigungsanspruch nach allgemeinen Grundsätzen, soweit dieser reicht. Dies würde zwar im Konkursfalle den Erben vielleicht genügend schützen, aber eine Uebertragung der Grundsätze auf die Feststellung des Nachlasses zum Zwecke der Berechnung des Abzuges, welcher einem Nachlaßgläubiger auf Grund der Abzugseinrede zu machen ist, müßte zu einer Benachtheiligung des Erben führen. Denn alsdann würde die Verfügung des Erblassers über das Recht des Erben gegenüber dem Dritten, zu dessen Gunsten verfügt ist, wirksam werden. Gegenüber dem Nachlaßgläubiger, gegen welchen die Abzugseinrede erhoben wird, würde die Verfügung als unwirksam gelten. Dem Erben würde, weil die Verfügung bis zum Erbfalle unwirksam gewesen ist, streng genommen, nicht einmal ein Ersatzanspruch gegenüber dem Nachlasse zustehen. Würde ihm ein solcher Anspruch besonders gewährt, so würde er immer nur eine verhältnißmäßige Befriedigung wegen desselben erlangen. Sollte dadurch geholfen werden, daß der Grundsatz, der Erbe habe die Handlungen des Erblassers zu vertreten, abgeschwächt würde, etwa dahin, die Verfügung des Erblassers zu Gunsten des Dritten werde nur dann wirksam, wenn der Nachlaß nicht unzulänglich sei und insbesondere hinreiche zur Befriedigung des dem Dritten wegen der unwirksamen Verfügung zustehenden Gewährleistungsanspruches, so würde ein unsicherer Rechtszustand geschaffen. Bis zur Ermittelung, ob der Nachlaß zulänglich sei, würde weder der Dritte, zu dessen Gunsten verfügt ist, noch der Erbe wissen, ob Konvaleszenz eintrete oder nicht eintrete. Noch andere Personen könnten von dieser Unsicherheit in Mitleidenschaft gezogen werden, z. B. der Schuldner einer von dem Erblasser abgetretenen Forderung des Erben, der dritte Besitzer der von dem Erblasser veräußerten Sache des Erben, falls er mit der Eigenthumsklage von demjenigen belangt wird, an welchen der Erblasser veräußert hatte, u. s. w.

[1]) Wegen des geltenden Rechtes vergl. Roth § 370 Anm. 67 mit § 369 Anm. 13; preuß. A. L. R. I, 15 §§ 8, 9, Eccius § 270 Anm. 53; sächs. G. B. § 2329 mit § 2288; Mommsen § 246 mit § 261 Abs. 2; Unger § 40 Anm. 11; u. A.

Für so seltene Fälle, wie sie in Frage stehen, erscheint die einfache Regelung, nach welcher die Konvaleszenz lediglich davon abhängt, ob das Inventarrecht dem Erben noch zusteht oder ob dasselbe erloschen ist, die angemessenste. Für dieselbe spricht auch der innere Grund, daß, solange das Inventarrecht noch besteht, zwar formell, aber nicht materiell eine vollständige Verschmelzung des Erbenvermögens und des Nachlasses eingetreten ist. Zudem enthält die in Betracht kommende Konvaleszenz eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze, daß über fremdes Vermögen nicht wirksam verfügt werden kann. In Ansehung der Bestimmung der Tragweite dieses Grundsatzes ist das Gesetz nicht behindert. Erweist sich der Nachlaß als zureichend, so wird der Erbe Anstand nehmen, die Unwirksamkeit der Verfügung des Erblassers geltend zu machen, auch wenn das Inventarrecht ihm zusteht, weil er sonst dem Gewährleistungsanspruche sich aussetzt. Für die seltenen Fälle, in welchen ausnahmsweise ein solcher Gewährleistungsanspruch nicht begründet ist, etwas Besonderes zu bestimmen, fehlt es an einem genügenden Anlasse.

Demjenigen, welcher an der Wirksamkeit der Verfügung des Erblassers ein rechtliches Interesse hat, die Befugniß beizulegen, seinerseits dem Erben eine Inventarfrist setzen zu lassen, und den § 2096 auf diesen Fall auszudehnen, besteht kein Bedürfniß.

§ 2115.

5. Ansprüche des Erben im Nachlaßkonkurse.

Mit den Ansprüchen des Erben im Nachlaßkonkurse befaßt sich der § 2115.

In Folge der durch die Konkurseröffnung eintretenden Trennung des Vermögens des Erben von der Nachlaßmasse wird die Vereinigung von Forderung und Schuld beseitigt. Hieraus ergiebt sich, daß der Erbe im Nachlaßkonkurse die ihm gegen den Erblasser zustehenden Ansprüche geltend machen kann (Abs. 1). Diesen Folgesatz auszusprechen, ist rathsam, weil Zweifel darüber bestehen können, ob eine solche Rechtsverfolgung seitens des Erben zulässig sei, da der Erbe in gewissem Sinne Subjekt des Nachlasses bleibe. Die Vorschrift spricht nicht von dem Geltendmachen der Rechte „als Konkursgläubiger“, weil dies bei gewissen Ansprüchen zu einer nicht gerechtfertigten Beschränkung führen würde.

Eintrittsrecht.

Daß der Erbe in Ansehung der von ihm berichtigten Nachlaßverbindlichkeiten an die Stelle der befriedigten Gläubiger tritt (Abs. 2), ist zu bestimmen, um den Erben gegen Härten und Unbilligkeit zu schützen. Den Erben zu Schaden kommen zu lassen, wenn er einen einzelnen Gläubiger befriedigte, sofern und soweit er dadurch die übrigen Nachlaßgläubiger nicht verkürzt, würde nicht gerechtfertigt sein. Der Erbe würde sonst außer Stande sein, dem einzelnen Gläubiger die ihm nach dem § 2133 zustehende Befriedigung zu gewähren, ohne daß sich die Ansprüche der übrigen Gläubiger erhöhten. Jedoch erlangt der Erbe nur das Gläubigerrecht des Befriedigten; er kann also gegenüber den anderen Erbschaftsgläubigern nur ebensoviel erhalten, als

der Befriedigte, wenn er konkursmäßig befriedigt worden wäre, erhalten hätte. Hiermit stimmt das preuß. A. L. R. I, 9 §§ 453, 454[1]) überein.

Erwerb um einen geringeren als den Nominalbetrag.

Der Entscheidung durch Praxis und Wissenschaft kann überlassen bleiben, wie es sich verhält, wenn der Erbe die Forderung eines Gläubigers zu einem geringeren als dem Nominalbetrage erworben hat, ob er alsdann im Konkurse voll liquidiren kann, oder ob davon auszugehen ist, der Erbe habe im Interesse des Nachlasses gehandelt und dürfe deshalb aus einer derartigen Vereinbarung keinen Vortheil haben, während ein solcher sich für ihn dann ergeben würde, wenn er nicht einmal den im Konkurse sich ergebenden Bruchtheil zum Erwerbe der Forderung aufgewendet hat[2]).

Theilzahlungen.

Mit besonderen Vorschriften einzugreifen für den Fall, daß der Erbe Theilzahlungen geleistet hat, würde nicht angemessen sein. Insbesondere kann nicht bestimmt werden, der Erbe müsse im Konkurse vor der Restforderung des Gläubigers zur Hebung gelangen, sodaß der Gläubiger nur noch erhalte, was sich bei der Vertheilung im Konkurse für ihn über den schon empfangenen Theilbetrag hinaus ergebe. Im einzelnen Falle ist zu prüfen, ob der Erbe auf den eventuellen Konkursbruchtheil oder auf die ganze Forderung die Theilzahlung leisten wollte. Erfolgte eine vorbehaltlose Zahlung seitens des Erben, so wird eine condictio ob causam seitens des Erben in Ansehung der im Konkurse ausfallenden Prozente schwerlich begründet sein.

Eintrittsrecht nach rechtskräftiger Entscheidung über die Abzugseinrede 2c.

Dagegen erscheint eine besondere Vorschrift geboten für die Fälle, in welchen vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses bereits gegenüber einem Gläubiger unter Berücksichtigung der Abzugseinrede rechtskräftig erkannt ist oder der Erbe gegenüber einem Gläubiger das Inventarrecht verloren hat (Abs. 2 Satz 2). Darüber, wie sich in dem ersteren Falle die Rechte des Gläubigers gestalten, bestimmt der § 2145; hier ist nur zu entscheiden, welche Rechte in einem solchen Falle dem Erben im Nachlaßkonkurse zustehen. Dem Gläubiger bleibt es in den bezeichneten Fällen überlassen, seinerseits die Forderung im Konkurse geltend zu machen; ihm steht aber auch frei, hiervon abzusehen, und sich ausschließlich an den Erben zu halten; er kann sogar die bereits erfolgte Liquidation zurücknehmen. Hierdurch könnte der Erbe, da er nur in Ansehung der befriedigten Gläubiger an deren Stelle tritt, gefährdet werden. Dem Erben wird deshalb die Befugniß beigelegt, eine solche Forderung im Nachlaßkonkurse dann geltend zu machen, wenn der Gläubiger die Forderung nicht geltend macht. — Liegt ein Vertrag zwischen dem Erben und dem Gläubiger vor, durch welchen der dem Gläubiger zu machende Abzug festgestellt wird, so muß das Gleiche gelten.

§ 2116.

6. Aufrechnung.

In Ansehung der Aufrechnung im Falle des Nachlaßkonkurses sind folgende Fälle in Betracht zu ziehen.

---

[1]) Vergl. Dernburg § 224 Anm. 11—13; Eccius § 270 Anm. 58.

[2]) Dernburg § 224 Anm. 14.

Aufrechnungsrecht des Erben.

I. Aufrechnungsrecht des Erben. Nach der Eröffnung des Nachlaßkonkurses kann der Erbe nicht, um sich von einer ihm persönlich zur Last fallenden Schuld zu befreien, mit einer Nachlaßforderung aufrechnen. Denn mit der Konkurseröffnung hat der Erbe die Befugniß verloren, über den Nachlaß zu verfügen. Ist aber die Aufrechnungserklärung schon vor der Konkurseröffnung abgegeben, so treten die Wirkungen der Aufrechnung ein. Daran ändert die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nichts. Der Erbe ist jedoch den Nachlaßgläubigern oder zur Konkursmasse ersatzpflichtig, weil er über einen Nachlaßgegenstand zu seinem eigenen Vortheile verfügt hat. Dies ergiebt sich ohne Weiteres. Einer Vorschrift bedarf es nicht.

des Erbschaftsschuldners,

II. Aufrechnungsrecht des Erbschaftsschuldners. Ist der Nachlaßkonkurs eröffnet, so kann der Erbschaftsschuldner, welchem eine Forderung gegen den Erben zusteht, die Aufrechnungserklärung nicht mehr wirksam abgeben, gegenüber dem Erben nicht, weil dieser materiell nicht mehr Gläubiger der Nachlaßforderung ist, gegenüber dem Konkursverwalter nicht, weil die Konkursmasse in Ansehung der persönlichen Schuld des Erben nicht Schuldnerin ist. Ist die Aufrechnungserklärung vor der Konkurseröffnung abgegeben, so bleibt sie wirksam. Der von seiner persönlichen Schuld befreite Erbe muß jedoch der Konkursmasse Ersatz leisten. Auch in dieser Beziehung sind besondere Vorschriften nicht erforderlich. Die Gefahr, daß der Erbe insolvent ist, hat die Konkursmasse, wie bei allen Verfügungen des Erben vor der Konkurseröffnung, zu tragen. Darauf, daß der Erbe nicht selbst verfügt hat, und daß er auch nicht über Nachlaßvermögen im Interesse seiner eigenen Gläubiger verfügen sollte, kann ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden.

des Nachlaßgläubigers.

III. Aufrechnungsrecht des Nachlaßgläubigers. Nach der Konkurseröffnung kann der Nachlaßgläubiger, welcher persönlicher Schuldner des Erben ist, die Aufrechnungserklärung nicht mehr wirksam abgeben. Denn wegen seiner Nachlaßforderung ist nach dem § 2110 Abs. 1 keine andere Rechtsverfolgung mehr zulässig, als die Liquidation im Konkurse.

Zweifel erheben sich aber, wenn die Aufrechnungserklärung bereits vor der Konkurseröffnung abgegeben ist. Es ließe sich aufstellen, die Erklärung sei und bleibe wirksam; der Erbe könne nur selbst auf Grund des § 2115 Abs. 2 im Konkurse liquidiren. Damit würde jedoch der Zweck des Inventarrechtes zum Theil vereitelt; der Erbe hätte seine Forderung eingebüßt und erhielte nur konkursmäßige Befriedigung, also in der Regel Befriedigung zu dem im Konkurse sich ergebenden Bruchtheile. Würde dagegen dem Erben gestattet, wegen seiner Forderung als Massegläubiger Ersatz zu fordern, so würde die Konkursmasse benachtheiligt, der Nachlaßgläubiger erhielte auf Kosten der übrigen Gläubiger volle Befriedigung. Zudem würde der Erbe möglicherweise doch noch einen Verlust erleiden, wenn die Nachlaßmasse nicht reicht, um die Nachlaßgläubiger zu befriedigen. Würde die Aufrechnung aufrecht erhalten in Höhe des Bruchtheiles, welcher dem Nachlaßgläubiger im Konkurse zufallen würde, und der Erbe in Höhe dieses Bruchtheiles auf das ihm nach dem § 2115 Abs. 2 zustehende Eintrittsrecht verwiesen, so müßten sich Verwickelungen

ergeben; auch würde nicht immer ein befriedigendes Ergebniß erzielt. Daher verdient es den Vorzug, in einem solchen Falle der Aufrechnungserklärung jede Wirkung zu entziehen, falls sie nicht mit Zustimmung des Erben erfolgt ist. Dies entspricht den obwaltenden Verhältnissen und steht noch am meisten im Einklange mit dem § 2114.

Für den Fall, daß der Erbe zur Konkursmasse Geld zu zahlen und als Konkursgläubiger eine Befriedigung zu erwarten hat, dem Konkursgerichte die Befugniß beizulegen, auf Antrag des Erben zu bestimmen, ob und in welchem Umfange der Erbe die Geldzahlung zum Zwecke der Anrechnung auf die zu erwartende Befriedigung zurückbehalten dürfe, und zwar mit der Maßgabe, daß das Gericht die getroffene Entscheidung zu jeder Zeit aufheben oder ändern könne, wäre schon deshalb nicht angemessen, weil es nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechtes ist, Vorschriften zu geben, in Ansehung der Befugnisse, welche dem Konkursgerichte behufs zweckmäßiger Konkursverwaltung beizulegen sind.

§ 2117.

7. Ausdehnung des Nachlaßkonkurses auf alle Nachlaßgläubiger.

Der Entwurf sieht sich genöthigt, wie S. 605 angedeutet ist, allen Nachlaßgläubigern die Theilnahme am Nachlaßkonkurse zu ermöglichen, um durch den Konkurs die vollständige Liquidation des Nachlasses herbeizuführen, obschon damit von der Konk. O. abgewichen wird. Diese Abweichung (Abs. 1) findet ihre Rechtfertigung schon in dem Umstande, daß Vermächtnisse, Auflagen, Pflichttheilsrechte nach dem Entwurfe nur obligatorische Ansprüche erzeugen (vergl. §§ 1865, 1888, 1975, 1976). Der Versuch, bei Festhaltung der Vorschriften der Konk. O. durch Aufstellung von Sondervorschriften die Stellung derjenigen Nachlaßgläubiger, welche nach der Konk. O. Konkursgläubiger nicht sind, angemessen zu regeln, würde auf kaum zu überwindende Schwierigkeiten stoßen. Eine derartige Regelung wäre nur möglich, wenn die bezeichneten Nachlaßgläubiger wie Konkursgläubiger behandelt würden, zu deren Befriedigung über den nach Berichtigung der übrigen Forderungen verbliebenen Ueberschuß ein besonderer Konkurs eröffnet würde.

Soweit es sich nicht um einen Nachlaßkonkurs handelt, bewendet es bei der im § 56 der Konk. O. bestimmten Beschränkung der Geltendmachung gewisser Forderungen im Konkurse. Wird der Konkurs über das Vermögen eines Lebenden eröffnet, so haftet aber auch den Gläubigern der Gemeinschuldner voll in Ansehung derjenigen Forderungen, welche im Konkurse nicht geltend gemacht werden können. Dagegen hat der Konkurs über den Nachlaß seinem Wesen nach den Zweck, die Vertheilung des Nachlasses unter alle Nachlaßgläubiger zum vollständigen Abschlusse zu bringen.

Würde die Vertheilung nur bis zu einer gewissen Grenze durchgeführt, also unter Ausschluß einiger Klassen von Gläubigern, so würden sich, insbesondere für die ausgeschlossenen Gläubiger, schwere Uebelstände ergeben. Den Ausgeschlossenen würde jedenfalls auf die Dauer des Nachlaßkonkurses das Recht auf Befriedigung gegen den Erben (§ 2110 Abs. 1) sowie gegen die Konkursmasse, also überhaupt jedes Recht auf Befriedigung entzogen werden.

Verbleibt nach Befriedigung derjenigen Gläubiger, welche nach der Konk. O. Konkursgläubiger sind, noch ein Ueberschuß, so würden, wenn es bei der Konk. O. bliebe, die Ausgeschlossenen aus diesem Ueberschusse ihre Befriediguug nicht unmittelbar und auf einmal empfangen, sondern nur einzeln durch den Erben. Eine solche Einzelbefriedigung entspricht weder dem Wesen des Nachlaßkonkurses, welcher den ganzen Nachlaß ergreift, noch der Eigenschaft der von dem Konkurse Ausgeschlossenen, obschon die Ansprüche derselben nach dem § 2092 Nachlaßverbindlichkeiten sind, noch endlich der Erwägung, daß allen Nachlaßgläubigern unter sich wie gegen den Erben ein Schutz gebührt. Ist der Erbe, welcher den nach Befriedigung der Konkursgläubiger (im Sinne der Konk. O.) verbliebenen Ueberschuß empfangen hat, insolvent, so würden Pflichttheilsberechtigte, Vermächtnißnehmer u. s. w. gegenüber dem Erben schutzlos sein, wenn der Erbe den Ueberschuß anderweit verwendete. Vertheilte er den Ueberschuß wirklich, aber nicht konkursgemäß, so würde nur übrig bleiben, diesen Nachlaßgläubigern einen an sich schwierig zu regelnden, unter Umständen ergebnißlosen Rückgriff gegen einander zu gestatten. Dies letztere Schutzmittel wird nach der Regelung des Entwurfes ganz entbehrlich.

Die Konk. O. zu ändern, ist vermieden, soweit irgend thunlich. Hier aber kommt in Betracht, daß die Konk. O. nicht vollständig und endgültig regeln konnte, da sie einer Vielzahl von Landesrechten, welche in vielen Richtungen unter sich abwichen, gegenüberstand. Die Uebelstände ihrer Regelung haben sich offenbar nur deshalb bisher nicht in erheblichem Maße geltend gemacht, weil die meisten geltenden Rechte den Pflichttheilsberechtigten ein Erbrecht, den Vermächtnißnehmern ein dingliches Recht an dem vermachten Gegenstande gewähren.

Durch die Vorschriften des § 2117 wird nicht allein der Begriff der Unzulänglichkeit des Nachlasses geändert, sondern auch die Zahl der zum Antrage auf Eröffnung des Konkurses Berechtigten vermehrt.

Rangordnung.

Um den Grundsatz durchzuführen, daß kein Nachlaßgläubiger von der Geltendmachung seiner Ansprüche im Konkurse ausgeschlossen sei, ist der Entwurf genöthigt, alle nach dem bisherigen Konkursrechte ausgeschlossenen Forderungen zu berücksichtigen und über deren Rangordnung zu bestimmen. Der zweite und dritte Absatz enthalten die in dieser Richtung erforderlichen Vorschriften, welche sich strenge an die Natur der Verhältnisse halten. Der Eingang des zweiten Absatzes folgt im Wesentlichen dem Eingange des § 54 der Konk. O.

Laufende Zinsen.

Die Vorschrift unter Nr. 1 ist erforderlich wegen des § 56 Nr. 1 der Konk. O. Die unter den folgenden Nummern aufgezählten Nachlaßgläubiger können nicht Befriedigung verlangen, solange die Gläubiger, welche nach der Konk. O. Konkursgläubiger sind, nicht auch wegen der laufenden Zinsen befriedigt sind.

Geldstrafen; Forderungen aus Schenkungen.

Unter Nr. 2 werden die nach dem § 56 Nr. 3 der Konk. O. im Konkurse sonst ausgeschlossenen Geldstrafen und die Forderungen aus Schenkungen des Erblassers erwähnt. Die Konk. O. spricht im § 56 Nr. 4 von Forderungen aus einer Freigebigkeit des Erblassers. Der Entwurf vermeidet den unbestimmten

Ausdruck „aus einer Freigebigkeit" durchweg. Dies kann auch hier geschehen, weil nach den §§ 437 ff. alle in Betracht kommenden Freigebigkeiten unter den Begriff der Schenkungen fallen. Zweifel könnten nur in Ansehung des Versprechens einer Ausstattung bestehen. Allein nach dem § 1500 Abs. 1 ist dem Versprechen einer Ausstattung in den durch die Vorschrift getroffenen Fällen die Eigenschaft als Schenkungsversprechen abgesprochen. Die im § 56 Nr. 4 der Konk. O. erwähnten Forderungen aus einer Freigebigkeit von Todeswegen sind nach dem Entwurfe als Forderungen aus Vermächtnissen oder Auflagen anzusehen.

Gewährung eines Pflichttheiles.

Die Fassung der Nr. 3, welche die Forderungen wegen Gewährung eines Pflichttheiles „aus dem Nachlasse" betrifft, bezweckt eine Beschränkung. Da der Entwurf in den §§ 2009 ff. einen außerordentlichen Pflichttheil kennt, welcher im Falle des § 2014 von dem dritten Beschenkten zu fordern ist, so ist es geboten, diesen Anspruch hier auszuschließen. Ein solcher Anspruch muß den Karakter als gewöhnliche Konkursforderung behalten.

Vermächtnisse und Auflagen.

Unter Nr. 4 werden die Forderungen aus Vermächtnissen und Auflagen aufgezählt. Der Zusatz zu Nr. 4 sieht, im Anschlusse an einige geltende Rechte[1]), vor, daß der Erblasser durch eine Verfügung von Todeswegen anordnen kann, ein Vermächtniß oder eine Auflage solle den Vorrang vor einem anderen Vermächtnisse oder einer anderen Auflage haben. Die Aufnahme dieser Vorschrift ist schon deshalb angemessen, weil auch im § 1882 auf eine abweichende Regelung durch den Willen des Erblassers hingewiesen ist.

Gesetzliche Vorzugsrechte einzelner Vermächtnisse, wie sie sich im gemeinen Rechte (bei der quarta Falcidia) für Vermächtnisse zu frommen Zwecken u. s. w.[2]) und im österr. G. B. § 691 finden, sind nicht aufgenommen.

Ausgleichungsforderungen.

Die Aufnahme der unter Nr. 5 bezeichneten Ansprüche entspricht der Auffassung des Entwurfes in Ansehung der Ausgleichungspflicht, welche zum § 2164 erörtert werden wird.

Zinsen der Forderungen.

In Ansehung der unter Nr. 2—5 bezeichneten Forderungen ist auch der Zinsen, und zwar sowohl der bis zur Eröffnung des Konkurses aufgelaufenen als der seit der Eröffnung des Konkurses laufenden, zu gedenken. Die Vorschrift des dritten Absatzes, daß diese Zinsen den Forderungen mit gleichem Range hinzutreten, entspricht dem § 55 der Konk. O.

Durch die Anfechtung Zurückerlangtes.

Den Gläubigern der unter Nr. 3—5 bezeichneten Forderungen darf nicht zum Vortheile gereichen, was in Folge der Anfechtung einer von dem Erblasser oder gegen diesen vorgenommenen Rechtshandlung zur Konkursmasse zurückgewährt wird (Abs. 4 Satz 1). In Ermangelung einer besonderen Vorschrift hierüber würde das Anfechtungsrecht, welches nach dem § 29 der Konk. O. durch den Konkursverwalter ausgeübt wird, auch denjenigen Forderungen aus Nachlaßverbindlichkeiten, welche nicht schon in der Person des Erblassers entstanden waren, zu statten kommen. Dieses Ergebniß wäre innerlich nicht gerechtfertigt. Das Anfechtungsrecht ist nur zum Schutze

---

[1]) Code civil Art. 927; sächs. G. B. § 2495; vergl. für das gemeine Recht Seuffert's Arch. 29 Nr. 249; Stobbe § 312 Anm. 19; Mommsen § 392; hess. Entw. Art. 294 Abs. 3.

[2]) Windscheid § 651 Anm. 7; Roth § 328 Anm. 17—23.

der Gläubiger desjenigen bestimmt, von welchem oder gegen welchen die anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen ist. Eine Verletzung von Berechtigten, welche nach der Konk. O. nicht Gläubiger sind, durch die anfechtbare Rechtshandlung ist nicht denkbar. Die unter Nr. 3—5 bezeichneten Nachlaßgläubiger sind zu keiner Zeit Gläubiger des Erblassers gewesen. Darüber kann nicht um deswillen hinweggesehen werden, weil die Konk. O. und das Anfechtungsges. v. 21. Juli 1879 § 2 von dem durch die Anfechtung erlangten Vortheile auch diejenigen Gläubiger nicht ausschließen, welche erst nach der anfechtbaren Rechtshandlung Gläubiger geworden sind. Denn die Verfügungsmacht einer Person kann wohl zu Gunsten ihrer künftigen Gläubiger als obligatorisch beschränkt gedacht werden, nicht aber zu Gunsten von Personen, welche niemals ihre Gläubiger gewesen sind. Soweit die Vorschriften über den außerordentlichen Pflichttheil eine Beschränkung ähnlicher Art enthalten, kommen sie hier nicht in Betracht.

Zwangsvergleich. Zulassung.

Besondere Vorschriften sind erforderlich über den Zwangsvergleich (Abs. 4 Satz 2). Für die gänzliche Ausschließung desselben im Falle des Nachlaßkonkurses (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 118) läßt sich geltend machen, daß der Nachlaß, über welchen der Konkurs eröffnet wird, ein Vermögen ist, welches als Ganzes nur noch deshalb zusammengehalten wird, weil es dazu bestimmt ist, zur Befriedigung der Gläubiger verwendet zu werden, und daß ein solches Vermögen seiner Bestimmung gemäß ungehemmter konkursmäßiger Vertheilung unterworfen sein müsse (vergl. Motive zur Konk. O. S. 456). Diesen Gründen gegenüber würde die Rücksicht auf den Erben und auf die fama defuncti nur von geringem Gewichte sein. Allein ausschlaggebend erscheint das Interesse der Nachlaßgläubiger, welches schwer leiden könnte, wenn ein Zwangsvergleich nicht zugelassen würde, insbesondere wegen der mit der Fortführung des Konkurses verbundenen Weiterungen und Kosten.

Nach der Konk. O. nehmen die bevorrechtigten Gläubiger nicht Theil an dem Zwangsvergleiche (§ 160 das.). Als solche erscheinen im vorliegenden Falle alle anderen Gläubiger, mit Ausnahme der im § 2117 bezeichneten Nachlaßgläubiger, also gerade diejenigen Gläubiger, mit welchen, wenn der Zwangsvergleich einen Zweck haben soll, der Vergleich zu schließen ist. Als der angemessene Ausweg stellt sich dar, die unter Nr. 2—5 bezeichneten Gläubiger an der Schließung des Vergleiches nicht Theil nehmen zu lassen, ihnen aber, damit sie durch den Vergleich nicht leiden, ein Widerspruchsrecht beizulegen. Die unter Nr. 1 bezeichneten Gläubiger gehören schon an sich wegen ihrer Forderung, abgesehen von den laufenden Zinsen derselben, zu den Stimmberechtigten. Darüber, ob der Betrag der laufenden Zinsen dem bei der Abstimmung maßgebenden Forderungsbetrage hinzuzurechnen ist, bedarf es einer besonderen Vorschrift nicht, weil diese Frage schwerlich eine praktische Bedeutung gewinnen wird und jedenfalls der Praxis und Wissenschaft überlassen bleiben kann.

Um das Widerspruchsrecht zu sichern, sollen die nicht stimmberechtigten Gläubiger vor Bestätigung des Vergleiches gehört werden, im Falle des Widerspruches seitens eines derselben soll die Bestätigung nicht erfolgen können (Abs. 4 a. E.). Auf solche Weise wird ihnen das Recht gewahrt, auf der regel-

mäßigen und ungehemmten Abwickelung des Konkurses zu bestehen, wenn auch dieses Recht häufig nur dahin führen wird, daß ihnen eine billige Abfindung gewährt wird.

Diese Regelung des Entwurfes macht es entbehrlich, die Stellung der Pflichttheilsberechtigten und Vermächtnißnehmer gegenüber den anderen Nachlaßgläubigern, wie die geltenden Rechte zumeist gethan haben[1]), durch besondere Vorschriften zu ordnen.

§ 2118.

8. Haftung wegen des Ueberschusses.

Im Konkurse über den Nachlaß kann nach der Vertheilung an die Gläubiger dem Erben ein Ueberschuß bleiben. Diesen Ueberschuß ihm auch dann zu belassen, wenn noch Gläubiger vorhanden sind, welche sich nicht gemeldet haben oder überhaupt noch nicht befriedigt sind, erscheint unzulässig (vergl. S. 605).

Demgemäß wird der Erbe für verpflichtet erklärt (Satz 1), die noch unbefriedigten Nachlaßgläubiger zu befriedigen. Vermieden ist, ausschließlich von den im Konkurse nicht gemeldeten Gläubigern zu sprechen, da selbst gemeldete Forderungen unter Umständen, z. B. bedingte Forderungen (vergl. § 142 Abs. 2 der Konk. O.), nicht zur Befriedigung gelangen und den Konkurs überdauern.

Wegfall der Bereicherung.

Daß die Verpflichtung des Erben wegfällt, wenn er nicht mehr bereichert ist (Satz 2), ist eine Folge der im § 2127 Abs. 2 Satz 2 enthaltenen Vorschrift, nach welcher die Haftung des Erben gegenüber den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigern auf die Bereicherung beschränkt ist. Der maßgebende Zeitpunkt in Ansehung des Wegfalles der Bereicherung muß hier wie dort derjenige sein, in welchem der Anspruch gegen den Erben zuerst, gerichtlich oder außergerichtlich, geltend gemacht ist.

Reihenfolge.

Die nicht befriedigten Gläubiger können nicht verlangen, daß der Erbe ihre Befriedigung in einer gewissen Reihenfolge bewirke (Satz 3). Nach den allgemeinen Grundsätzen liegt dem Schuldner nicht ob, in der Befriedigung seiner Gläubiger eine bestimmte Rangordnung oder Reihenfolge zu beobachten. Hat der Erbe einen Ueberschuß noch hinter sich, so kann er von jedem Gläubiger auf Verwendung des Ueberschusses zu dessen Befriedigung in Anspruch genommen werden. Der Erbe hat nur den Einwand, der Ueberschuß sei bereits verwendet. Würde dem Erben auferlegt, eine gewisse Rangordnung oder Reihenfolge zu beobachten, so würde eine Art nachträglichen Konkurses herbeigeführt. Streitigkeiten, ob der Erbe nach Maßgabe der vorgeschriebenen Reihenfolge befriedigt habe, könnten nicht ausbleiben. Daß der Erbe später sich meldende Nachlaßgläubiger zurückweisen kann, soweit der Ueberschuß durch seine eigenen, im Konkurse nicht zur Hebung gelangten Forderungen an den Nachlaß erschöpft wird, versteht sich von selbst.

---

[1]) Sächs. G. B. § 2332; code civil Art. 809, Zachariae § 720; Mommsen § 260 Abs. 3; hess. Entw. Art. 270 (dessen Mot. S. 162).

Nur in Ansehung der rechtskräftigen Verurtheilung zur Befriedigung eines Gläubigers ist eine auf Billigkeitsgründen beruhende Ausnahme beigefügt (Satz 4). Freilich kann auch dadurch der Erbe in der Vertheidigung seiner Rechte unter Umständen beschränkt werden. Dies zeigt folgendes Beispiel: A. hat ein rechtskräftiges Urtheil erlangt; der gleichzeitig einen Anspruch erhebende B. ist in zwei Rechtszügen abgewiesen, siegt aber in dem dritten Rechtszuge. Der Erbe würde außer Stande sein, gegen B. noch geltend zu machen, daß er bereits gegenüber dem A. rechtskräftig verurtheilt sei. Indessen liegt der bezeichnete Fall so fern, daß es nicht geboten erscheint, auf denselben Rücksicht zu nehmen. Andererseits würde ohne jene Ausnahme für den Fall der rechtskräftigen Verurtheilung der Böswilligkeit des Erben ein zu großer Spielraum gewährt, wenn er selbst dann noch durch seine Willkür den Erfolg des Urtheiles vereiteln könnte, indem er nunmehr einen anderen Gläubiger befriedigte.

Rückgriff der Befriedigten unter sich.

Ueber den Rückgriff der befriedigten Nachlaßgläubiger unter sich enthält sich der Entwurf einer Vorschrift. Auch ohne eine solche kann es nicht zweifelhaft sein, daß der Fall des Anspruches wegen ungerechtfertigter Bereicherung ohne Rechtsgrund, an welchen allein gedacht werden könnte, nicht eintritt.

Zeitliche Begrenzung des Nachlaßkonkurses.

Die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zeitlich zu begrenzen, etwa in der Weise, daß nach Ablauf einer gewissen Zeit, z. B. mehrerer Jahre seit der Annahme der Erbschaft, der Konkurs über den Nachlaß nicht mehr eröffnet werden dürfe, würde sich damit rechtfertigen lassen, daß die Klarstellung des Nachlasses nach längerer Zeit mit großen Schwierigkeiten verbunden sein kann, zumal der Entwurf nicht eine von selbst laufende, an die Ueberlegungsfrist sich anschließende Inventarfrist kennt. Allein eine solche Beschränkung ist dem geltenden Rechte nicht bekannt. Gegenüber der Schwierigkeit der Feststellung der Konkursmasse ist andererseits zu berücksichtigen, daß der Erbe unter Umständen erst nach längerer Zeit davon Kenntniß erlangen kann, daß der Nachlaß unzureichend ist, z. B. in Folge der nachträglichen Abforderung eines vermeintlichen Nachlaßgegenstandes, dessen Werth ein sehr bedeutender ist, oder in Folge der nachträglichen Geltendmachung einer Nachlaßverbindlichkeit von beträchtlichem Umfange oder in Folge der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zu Ungunsten des Erben. In solchen Fällen würde es sich als eine große Härte herausstellen, wenn dem Erben wegen des Ablaufes der zu bestimmenden Zeit der Weg, den Nachlaßkonkurs eröffnen zu lassen und sich dadurch gegen die persönliche Haftung sicher zu stellen, verschlossen wäre. Aber auch im Interesse der Gläubiger kann es liegen, daß der Nachlaßkonkurs noch nach Ablauf einer längeren Zeit eröffnet werde. Die Verhältnisse können sich sehr wohl so gestalten, daß die Eröffnung des Nachlaßkonkurses, selbst lange Zeit nach dem Erbfalle, den Gläubigern noch eine größere Sicherheit und Leichtigkeit der Befriedigung gewährt, als die Verfolgung gegen den Erben oder vielleicht dessen sehr verschuldeten Erben im Wege des Einzelprozesses. Deshalb muß von jeder zeitlichen Begrenzung abgesehen werden.

Verzicht des Erben auf das Inventarrecht.

In Erwägung ist weiter gezogen, ob nicht der Konkurs über den Nachlaß aufzuheben sei, wenn der Erbe auf das Inventarrecht verzichtet. Ein Grund, diesen Verzicht nach der Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß

nicht zuzulassen, besteht nicht. Selbstverständlich kann der Erbe sich verpflichten, alle Nachlaßgläubiger voll zu befriedigen. Allein daraus folgt nicht, daß auf Grund einer solchen Erklärung der Nachlaßkonkurs aufgehoben werden muß. Freilich kann es für den Erben ein Uebelstand sein, daß, obschon er eine solche Erklärung abgegeben hat, ihm wegen der Fortdauer des Nachlaßkonkurses die Möglichkeit entzogen ist, die Konkursmasse nach seinem Belieben zur Erfüllung dieser Verbindlichkeiten zu verwenden. Hiergegen kommt indessen das Interesse der Nachlaßgläubiger in Betracht. Dieses Interesse könnte verletzt werden, wenn es dem Erben gestattet würde, durch eine einfache Erklärung, die Gläubiger befriedigen zu wollen, ohne wirkliche Befriedigung dem Nachlaßkonkurse ein Ende zu machen. Um zu diesem Ergebnisse zu gelangen, ist nicht erforderlich, den Nachlaßgläubigern ein erworbenes Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dem Nachlasse, über welchen der Konkurs eröffnet ist, zu gewähren.

Auch die Konk. O. steht im Allgemeinen auf dem Standpunkte, daß der spätere Wegfall einer Voraussetzung der Konkurseröffnung die Aufhebung des eröffneten Konkurses nicht rechtfertigt (vergl. Konk. O. §§ 188 ff., § 94, Mot. dazu S. 436, 437).

§ 2119.

9. Konkurs über den Erbtheil.

Der § 1750 Abs. 2 ergiebt, daß, wenn mehrere Miterben vorhanden sind, jedem Miterben das Inventarrecht für seinen Erbtheil dergestalt zusteht, daß alle Vorschriften über das Inventarrecht unmittelbar Anwendung finden. Im Zusammenhange hiermit steht die Vorschrift, daß, wenn mehrere Erben vorhanden sind, in Ansehung des Erbtheiles eines jeden Erben der Konkurs besonders stattfindet (Satz 1). Dieselbe rechtfertigt sich aus dem von dem Entwurfe angenommenen Grundsatze der getheilten Schuldenhaftung der Erben (vergl. § 2051). Mit diesem Grundsatze würde sich der Konkurs über den Nachlaß als solchen um so weniger vertragen, als nach den §§ 1876, 1886, 1995—1997, 2164 oft die einzelnen Erbtheile mit Verbindlichkeiten, welche nach dem § 2117 im Nachlaßkonkurse geltend gemacht werden können, verschieden belastet oder beschwert sein können. Nach den Vorschriften des Entwurfes wird auch der Fall nicht selten sein, daß nur ein Erbtheil überschuldet und nur über diesen der Konkurs zu eröffnen ist. (Vergl. Mot. zur Konk. O. S. 452.)

Selbst wenn alle Erbtheile überschuldet sind, kann der einzelne Erbe nur die Eröffnung des Nachlaßkonkurses über seinen Erbtheil beantragen.

Zweifelhaft kann jedoch sein, ob nicht der Konkurs über den ganzen Nachlaß einzuleiten sei, wenn alle Erben die Eröffnung des Konkurses beantragen, oder wenn ein Gläubiger, welchem alle Erbtheile haften, deren Ueberschuldung glaubhaft macht. Die Praxis kennt für solche Fälle auch da, wo getheilte Schuldenhaftung besteht, überwiegend nur einen Konkurs über den ganzen Nachlaß. Allein bei näherer Prüfung zeigt sich, daß in einem solchen Falle nur der Konkurs über die einzelnen Erbtheile zusammengefaßt wird; denn in dem Konkurse behält jeder Erbtheil seinen selbständigen Karakter und dementsprechend gestaltet sich die Rechtsstellung der einzelnen Erben.

Praktisch wird also nur der Vortheil erzielt, daß ein einheitliches Konkursverfahren mit einem Konkursverwalter Platz greift. Dadurch wird der Gang der Sache vereinfacht und werden Kosten erspart.

Verbindung der Konkurse über mehrere Erbtheile.

Dieser Vortheil läßt sich jedoch dadurch erreichen, daß, wie im zweiten Satze vorgeschrieben ist, unter Festhaltung an der Konkurseröffnung über die einzelnen Erbtheile, die Verbindung der Konkurse über die verschiedenen Erbtheile bestimmt wird, falls nicht besondere Gründe einer solchen Verbindung entgegenstehen. Damit bleibt der Grundsatz des § 2051 gewahrt und wird zugleich die Möglichkeit geboten, die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles zu berücksichtigen, z. B. wenn die Verbindung deshalb unzweckmäßig erscheint, weil dadurch erhebliche Verwickelungen in Folge der verschiedenen Schuldenhaftung hervorgerufen werden.

Wird materiell der Konkurs über jeden Erbtheil getrennt geführt, so ergiebt sich daraus, daß die Rechte der einzelnen Miterben in Ansehung des Zwangsvergleiches und der Feststellung der Konkursforderungen durch eine solche Verbindung mehrerer Konkurse in einem Verfahren nicht berührt werden. Dies auszusprechen, ist nicht nöthig und nicht zweckmäßig, weil damit die Wirkungen des Grundsatzes nicht erschöpft würden.

Die Verbindung der Konkurse über mehrere Erbtheile ist auch dann zulässig, wenn es sich nicht um alle Erbtheile, sondern nur um die Erbtheile einiger Miterben handelt.

§§ 2120—2132.

VI. Erbschaftliches Gläubigeraufgebot.

Das Institut des erbschaftlichen Gläubigeraufgebotes ist dem preuß. Rechte (vergl. preuß. Konk. O. v. 8. Mai 1855 §§ 342—361 und preuß. Ges. v. 28. März 1879, betr. die Zwangsvollstreckung gegen Benefizialerben), entlehnt. Es ist von dort auch in das lüb. Aufgebotsges. v. 25. März 1882 §§ 17 ff. übernommen. Die Erfahrung lehrt, daß selbst da, wo das Aufgebotssystem gesetzlicher Anerkennung entbehrt, vielfach die Erben unmittelbar einer öffentlichen Aufforderung an die Nachlaßgläubiger zur Meldung ihrer Ansprüche sich bedienen[1]). Daraus erhellt, daß der dem ganzen Systeme zu Grunde liegende Gedanke ein richtiger und praktisch angemessener ist. Es läßt sich auch kaum verkennen, daß der Inventarerbe eines Mittels bedarf, um, falls die Umstände dies wünschenswerth erscheinen lassen, zu übersehen, ob er selbst den Nachlaßkonkurs zu beantragen veranlaßt ist.

Die Stellung der Vorschriften an dieser Stelle kann auffallen; indessen ist zu bemerken, daß es nicht wohl angeht, die Vorschriften den Vorschriften über den Nachlaßkonkurs voranzustellen, obschon diese Stellung am meisten angezeigt erscheinen könnte, da das Aufgebotsverfahren dem Erben die Mittel bieten soll, sich zu entschließen, ob er den Konkurs über den Nachlaß wählen oder sich auf die Geltendmachung der Abzugseinrede beschränken soll. An jener Stelle würden indessen manche Vorschriften dieses Unterabschnittes schwer verständlich sein. Die Einreihung hinter den Vorschriften über die

[1]) Vergl. Windscheid § 606 Anm. 3.

Abzugseinrede ist deshalb bedenklich, weil alsdann der im § 2150 gewährte Ersatz für das Absonderungsrecht ganz allein an den Schluß zu stellen wäre.

Ein gewisser Zusammenhang der Vorschriften mit dem Nachlaßkonkurse ist nicht zu leugnen (vergl. auch S. 622).

§ 2120.

1. Erfordernisse: a) Nichtverlust des Inventarrechtes;

Als Haupterforderniß für die Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens wird aufgestellt (Abs. 1), daß der Erbe das Inventarrecht noch nicht gegenüber allen Nachlaßgläubigern verloren hat.

b) Annahme der Erbschaft.

Daß die Annahme der Erbschaft seitens des Erben erfolgt sein muß (Abs. 2 Eingang), bevor ein Aufgebot erfolgt, rechtfertigt sich dadurch, daß das Aufgebot nur im Interesse des Inventarerben zugelassen wird (vergl. S. 605). Ein Aufgebotsverfahren, dessen Wirkungen mit einer späteren Ausschlagung der Erbschaft seitens des Antragstellers wegfallen, kann nicht gestattet werden. Da in dem Antrage auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens nicht schon an sich und ohne Weiteres eine stillschweigende Annahme der Erbschaft im Sinne des § 2029 zu finden sein möchte, ist die Aufstellung dieses Erfordernisses geboten.

Nachlaßpfleger. Testamentsvollstrecker.

Auch der Nachlaßpfleger ist zu dem Antrage auf Erlassung des Aufgebotes berechtigt (vergl. § 2064). Weshalb dem Testamentsvollstrecker die gleiche Befugniß nicht gewährt werden kann, ist zum § 1904 S. 240 begründet.

c) Inventarerrichtung.

Der Erbe, welcher das Gläubigeraufgebot beantragt, muß das Inventar bereits errichtet oder dessen Aufnahme in Gemäßheit des § 2103 bei dem Nachlaßgerichte beantragt haben (Abs. 2 a. E.). Eingewendet werden kann, dieses Erforderniß sei deshalb nicht angemessen, weil das Ergebniß des Aufgebotsverfahrens den Erben erst in den Stand setzen werde, ein in Ansehung der Nachlaßverbindlichkeiten vollständiges Inventar aufzustellen. Allein das Erforderniß ist deshalb nicht zu entbehren, weil sonst die Möglichkeit bestehen bleibt, daß der Erbe nachträglich durch Versäumung der Inventarfrist das Inventarrecht verliert, und daß damit das ganze Aufgebotsverfahren zwecklos wird. Daneben verdient auch das Interesse der Gläubiger Berücksichtigung. Für diese ist es sehr wünschenswerth, einen Einblick in den Vermögensstand zu gewinnen. Die Gläubiger haben zu prüfen, ob es für sie nicht sachgemäß und zulässig ist, sofort den Nachlaßkonkurs zu beantragen und damit die mit dem Aufgebotsverfahren verbundenen Verzögerungen der Rechtsverfolgung zu vermeiden (vergl. § 2130). Entsprechend bestimmt auch das preuß. Ges. von 1879 § 5.

Zeitliche Begrenzung.

Endlich wird erfordert, daß seit der Annahme der Erbschaft noch nicht ein Zeitraum von zwei Jahren verstrichen ist. Das preuß. Ges. v. 1879 § 4 begrenzt die Zulässigkeit auf ein Jahr von der erlangten Wissenschaft von dem Anfalle an. Wegen der einschneidenden Wirkungen des Aufgebotes (§ 2130) ist eine zeitliche Grenze nicht zu entbehren. In Ansehung des Antrages auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses ist eine zeitliche Begrenzung nicht für erforderlich erachtet (vergl. zum § 2118 S. 641). Da jedoch dem Erben stets offen gelassen ist, diesen ihn sichernden Weg zu beschreiten,

so erscheint für das Gläubigeraufgebot die zeitliche Beschränkung zulässig und angemessen.

Zulassung eines Ausschlußurtheiles.

Das Aufgebot hat nach Maßgabe der §§ 824—836 der C. P. O. stattzufinden (Abs. 1). Dem Erben soll nicht, ohne Feststellung des Ausschlusses durch Urtheil, lediglich das Recht verschafft werden, gegenüber dem nichtangemeldeten Gläubiger im Rechtsstreite die durch das Aufgebot und die Nichtanmeldung eingetretenen rechtlichen Folgen geltend zu machen. Der praktische Unterschied zwischen den beiden möglichen Arten der Regelung besteht darin: Auf dem von dem Entwurfe eingeschlagenen Wege wird die Nichtanmeldung eines Anspruches dergestalt festgestellt, daß die Folgen nur durch die Anfechtung des Urtheiles in Gemäßheit der §§ 834, 835 C. P. O. beseitigt werden können, während auf dem anderen Wege die Folgen der Nichtanmeldung abhängig bleiben davon, daß die für den Eintritt der Folgen bestimmten gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Der Erbe müßte also, wenn der letztere Weg eingeschlagen wäre, in jedem einzelnen Rechtsstreite gegenüber dem Gläubiger behaupten und beweisen, daß jene Voraussetzungen vorliegen. Auf diese Weise würde nicht in hinreichendem Maße für die Sicherheit des Erben gesorgt; das Aufgebotsverfahren würde nicht den bezweckten Nutzen bringen. Durch das der Rechtskraft fähige Ausschlußurtheil wird dieser Zweck erreicht. Der Entwurf behandelt die Gläubiger strenger, indem sie auf die Anfechtung des Ausschlußurtheiles beschränkt bleiben. Darin liegt jedoch nichts Unbilliges.

Für die Entscheidung sind Rücksichten praktischer Zweckmäßigkeit maßgebend. Den Vorschriften der C. P. O. ist vielleicht nicht ein Prinzip zu entnehmen, welches zu dieser Entscheidung nöthigt. Ein Gleiches gilt von dem Vorbehalte zu Gunsten der landesgesetzlichen Vorschriften über das erbschaftliche Liquidationsverfahren (Einf. Ges. zur C. P. O. § 15 Nr. 3). Jedenfalls entsprechen die Vorschriften des Entwurfes den Grundsätzen der C. P. O., da die Unterlassung der Anmeldung mit einem wirklichen Rechtsnachtheile bedroht ist. Ein solcher Rechtsnachtheil liegt vor, wenngleich das Recht nicht mit dinglicher Wirkung aufgehoben, vielmehr nur die Geltendmachung des nicht angemeldeten, in seinem Bestande noch unberührt gebliebenen Rechtes beschränkt ist, und nicht etwa eine lediglich thatsächliche Folge zum Nachtheile des Säumigen angedroht wird. In gleicher Weise entscheiden das preuß. Ges. von 1879 § 15 und das lüb. Ges. von 1882 §§ 1, 49; abweichend bestimmen das bayr. Einf. Ges. zur C. P. O. von 1869 Art. 55 Abs. 1 und das bayr. Ausf. Ges. zur C. P. O. Art. 155, wohl auch Mommsen § 260. Bei Mommsen hat indessen das Aufgebot einen ganz anderen Zweck, da Mommsen, sobald das Inventarrecht beansprucht wird, das Gericht von Amtswegen handeln läßt (dessen Mot. S. 306, 307).

Antragsrecht jedes Miterben.

Daß zu dem Aufgebotsantrage jeder von mehreren Miterben berechtigt ist, versteht sich ebenso von selbst, als daß mehrere Miterben den Antrag gemeinschaftlich stellen können, und daß ein Miterbe sich dem von einem anderen Miterben gestellten Antrage anzuschließen vermag. Das Nachlaßgericht kann dann, wenn das Aufgebot von mehreren Miterben selbständig beantragt ist, die Verbindung des Verfahrens anordnen; dies besonders zu bestimmen, ist wegen des für anwendbar erklärten § 836 der C. P. O. nicht erforderlich.

Inventarerbe.

Der Entwurf benutzt diese Gelegenheit, um das Wort „Inventarerbe" als ein terminologisches einzuführen. Dies geschieht erst hier, obschon das Wort bereits im § 1881 (vergl. auch § 162) verwendet ist, weil eine geeignetere Stelle dafür nicht ermittelt ist.

§ 2121.

2. Zuständigkeit des Nachlaßgerichtes.

Daß das Nachlaßgericht für zuständig erklärt ist, stimmt überein mit dem preuß. Ges. v. 1879 § 3 Abs. 2. Das lüb. Ges. v. 1882 § 48 beschränkt sich darauf, das Amtsgericht für zuständig zu erklären. Von einer Zuständigkeit des Nachlaßgerichtes kann nur dann die Rede sein, wenn das Nachlaßgericht ein mit der streitigen Rechtspflege betrautes Gericht ist. Thätig wird in einem solchen Falle nicht das Nachlaßgericht als solches, sondern dasselbe in Ausübung der streitigen Rechtspflege.

Nach dem § 23 des G. V. G. sind die Amtsgerichte für das Aufgebotsverfahren zuständig. Um für den Fall zu sorgen, daß in einzelnen Staaten die Funktionen des Nachlaßgerichtes nicht den Amtsgerichten übertragen sind, ist für das Einführungsgesetz eine besondere Vorschrift vorgesehen, welche für einen solchen Fall dasjenige Amtsgericht für zuständig erklärt, in dessen Bezirke die Nachlaßbehörde ihren Sitz hat.

§ 2122.

3. Gläubigerverzeichniß.

Dem Aufgebotsantrage ist ein Verzeichniß der dem Erben bekannten Nachlaßgläubiger beizufügen. Die Einreichung ist in dem Sinne verpflichtend, daß, wenn die Einreichung unterblieben ist, das Ausschlußurtheil nicht erlassen werden darf. In gleicher Weise bestimmt das preuß. Ges. v. 1879 § 6. Das lüb. Ges. v. 1882 § 18 verlangt außerdem die Angabe des Grundes und Umfanges dieser Ansprüche und das Erbieten zur eidlichen Versicherung, daß dem Antragsteller andere Gläubiger nicht bekannt sind.

Zu weit würde es gehen, die Beifügung des Verzeichnisses zu einer Voraussetzung für die Zulässigkeit des Aufgebotsverfahrens zu machen (vergl. § 834 Abs. 2 Nr. 1 C. P. O.) und demgemäß vorzuschreiben, die Beifügung *müsse* erfolgt sein.

Wohnort der Gläubiger.

Das Verzeichniß hat zugleich die Angaben über den Wohnort der Gläubiger zu enthalten (zweiter Halbsatz). So bestimmen auch das preuß. und das lüb. Gesetz. Geeignetenfalls wird der Erbe dieser Vorschrift durch die Angabe zu genügen haben, der Wohnort sei unbekannt. Die Angabe des Wohnortes, nicht des Wohnsitzes, ist vorgeschrieben, weil es nur darauf ankommt, wo der Gläubiger seinen gewöhnlichen Wohnort hat, behufs Zustellung der gerichtlichen Bekanntmachung (§ 2124). Das juristische Domizil kommt nicht in Betracht (vergl. §§ 165 ff. der C. P. O.).

§ 2123.

4. Verhältniß zum Nachlaßkonkurse.

Die Ordnungsvorschrift, daß das Aufgebot nicht erlassen werden soll, wenn der Konkurs über den Nachlaß beantragt ist (Abs. 1), rechtfertigt sich

durch die Erwägung, daß neben dem Nachlaßkonkurse für das Aufgebotsverfahren kein Raum ist. Die sich hieran anschließende Vorschrift, daß das Aufgebotsverfahren durch Eröffnung des Konkurses beendigt wird (Abs. 2), hat einen strengeren Karakter. Ist die letztere Vorschrift nicht beachtet und dennoch ein Ausschlußurtheil erlassen, so unterliegt es nach dem § 834 Nr. 1 der C. P. O. der Anfechtung. Aus der Vorschrift folgt, daß der Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens die Eröffnung des Nachlaßkonkurses nicht verhindern kann.

Beendigung durch Konkurseröffnung.

§ 2124.

5. Fristen. Bekanntmachung.

Die Vorschriften über die Aufgebotsfrist, die Bekanntmachung und die Zustellung der letzteren an die von dem Erben bezeichneten Gläubiger folgen im Wesentlichen dem preuß. Ges. v. 1879 §§ 7, 8 und dem lüb. Ges. §§ 49, 51. Nach dem letzteren sind jedoch die von dem Antragsteller angezeigten Berechtigten lediglich davon zu benachrichtigen, daß sie von der Anmeldung befreit sind. Das Wort „soll" der Vorschrift läßt erkennen, daß die Wirksamkeit des Aufgebotes von der Zustellung an die angezeigten Nachlaßgläubiger nicht abhängig ist, wie das preuß. Ges. ausdrücklich hervorhebt.

Oeffentliche Zustellung.

Mit dem letzteren Gesetze zu bestimmen „eine öffentliche Zustellung findet nicht statt", könnte zu Mißverständnissen Anlaß geben. Gemeint ist wohl damit, daß an Gläubiger, deren Aufenthalt unbekannt ist, keine besondere Zustellung nach Maßgabe der §§ 186, 187 C. P. O. zu erfolgen hat. Dieser Gedanke erhellt im Entwurfe aus den Worten „ihrem Wohnorte nach bekannten". Ein Mißverständniß wäre bei Aufnahme des Satzes des preuß. Ges. insofern möglich, als die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebotes nach dem § 2120 in Gemäßheit des § 825 der C. P. O. zu erfolgen hat, der § 825 C. P. O. aber auf den § 187 daselbst Bezug nimmt. Allerdings geht hiernach der Entwurf in der Ausschließung des öffentlichen Aufgebotes nicht ganz so weit wie das preuß. Gesetz.

Androhung.

In dem Aufgebote ist der nach dem § 2127 Abs. 1 den Gläubiger treffende Rechtsnachtheil (§ 824 der C. P. O.) anzudrohen. Derselbe muß der Androhung gemäß im Ausschlußurtheile ausgesprochen werden. Diesen Rechtsnachtheil im Gesetze zu formuliren, würde zwar die Handhabung des § 824 Abs. 2 Nr. 3 der C. P. O. erleichtern. Allein die Praxis bedarf einer besonderen Anleitung in dieser Beziehung nicht.

Da die bekannten und angezeigten Gläubiger besonders zu laden sind (Abs. 2), so wird über deren Meldungspflicht kein Zweifel bestehen können.

§ 2125.

6. Von dem Verfahren Betroffene.

Eine Vorschrift des Inhaltes, daß auch diejenigen Gläubiger, deren Ansprüche bereits rechtshängig sind, zur Anmeldung verpflichtet sind, erscheint als selbstverständlich entbehrlich.

Den Erben selbst in Ansehung der ihm zustehenden Forderungen (vergl. § 2115 Abs. 2), soweit sie nicht aus der von ihm geführten Verwaltung her-

rühren, für anmeldepflichtig zu erklären, ist nicht für angemessen erachtet. Nach dem § 2105 Abs. 1 ist der Erbe gehalten, alle Nachlaßverbindlichkeiten im Inventare vollständig anzugeben. Dadurch sind die Gläubiger hinreichend gesichert, da aus der Verletzung dieser Verpflichtung seitens des Erben unter Umständen Schadensersatzansprüche der Gläubiger sich ergeben. Würde aber der Erbe selbst für anmeldepflichtig erklärt, so müßte der Erbe so behandelt werden, wie wenn sein Antrag sich gegen ihn selbst richtete. Wenigstens könnte gefolgert werden, der Erbe sei auch seinerseits zur Anmeldung verpflichtet bei Meidung des den nichtgemeldeten Gläubigern drohenden Rechtsnachtheiles (vergl. § 2127). Ein solches Ergebniß würde aber nicht im Einklange stehen mit der dem Erben als Antragsteller eingeräumten Stellung.

In den drei Sätzen dieses Paragraphen werden drei Kategoricen von Gläubigern aufgezählt, welche durch das Aufgebotsverfahren nicht betroffen werden.

Im ersten Satze werden erwähnt Pfandgläubiger und Grundschuldgläubiger, sowie Gläubiger, welche im Konkurse den Pfandgläubigern gleichstehen, jedoch nur in Ansehung der Befriedigung aus dem ihnen haftenden Gegenstande.

Nach dem zweiten Satze gilt das Gleiche für diejenigen Gläubiger, welche bei der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus demselben haben (vergl. § 39 der Konk. O.), und für diejenigen Gläubiger, welchen im Konkurse ein Anspruch auf Aussonderung zustehen würde.

Der dritte Satz gedenkt derjenigen Gläubiger, welchen gegenüber das Inventarrecht nach dem § 2108 ausgeschlossen ist, also welchen gegenüber der relative Verlust des Inventarrechtes eingetreten ist. Die letzte Kategorie ist insbesondere in Ansehung der Abzugseinrede bevorzugt. Der betreffende Gläubiger gilt als nicht ausgeschlossen; denn ihm gegenüber ist die Trennung des Vermögens des Erben und des Nachlasses in Ansehung des von ihm gegen den Erben gewonnenen Rechtes nicht mehr von Bedeutung. Das Aufgebot, welches nach dem ihm gegenüber eingetretenen Verluste des Inventarrechtes erfolgt, kann seine Rechte nicht mehr berühren.

Diese Beschränkungen des Aufgebotes, welche im Wesentlichen übereinstimmen mit dem preuß. Ges. v. 1879 §§ 1, 11 und dem lüb. Ges. § 17 Abs. 4, rechtfertigen sich deshalb, weil das Aufgebotsverfahren nur das Recht betrifft, aus dem Nachlasse als einem Vermögensganzen Befriedigung zu suchen, also das rein obligatorische Gläubigerrecht. Das dingliche Recht, aus bestimmten Nachlaßgegenständen Befriedigung zu suchen, mag es akzessorischer oder selbständiger Natur sein, darf nicht von dem Aufgebote betroffen werden, da das Aufgebot bestehende dingliche Rechte nicht beseitigen soll und kann. Aus dem letzteren Grunde ist die Beschränkung auch auf alle Aussonderungsansprüche auszudehnen. Die Grundschuldgläubiger muß der Entwurf besonders erwähnen, weil er in den §§ 1135 ff. die Grundschuld getrennt von dem Pfandrechte an Grundstücken behandelt.

Rechtskräftig festgestellte Ansprüche.

Außerdem gedenkt der Schlußsatz noch derjenigen Gläubiger, deren Forderung durch rechtskräftige Entscheidung über die Abzugseinrede festgestellt

ist, und zwar in Rücksicht auf das Interesse des Erben. Befriedigt nämlich der Erbe einen solchen Gläubiger vor dem Ablaufe der Anmeldungsfrist, so tritt er nach dem § 2115 Abs. 2 in dessen Rechte ein. Die eigenen Ansprüche hat der Erbe im Aufgebotsverfahren nicht anzumelden; er ist mithin nicht gehindert, eine solche Forderung geltend zu machen. Befriedigt aber der Erbe den Gläubiger nicht schon vor dem Ablaufe der Anmeldungsfrist, und meldet der Gläubiger die Forderung im Aufgebotsverfahren nicht an, weil ihm die persönliche Haftung des Erben genügt, so kann der Erbe ohne diese Vorschrift in eine mißliche Lage gerathen. Denn, wenn er später auf Grund des Urtheiles zur Befriedigung des Gläubigers genöthigt wird, muß er leisten, ohne sich an dem Nachlasse erholen zu können, es sei denn, daß nach der Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger ein Ueberschuß sich ergiebt. In Ermangelung einer besonderen Vorschrift würde auch ein solcher Gläubiger anmeldungspflichtig sein. Die Unterlassung der Anmeldung hätte die Folge (§ 2127 Abs. 1, § 2128), daß der Gläubiger in Ansehung der Befriedigung aus dem Nachlasse auf jenen Ueberschuß beschränkt und von der Liquidirung im Konkurse ausgeschlossen wäre. Der den Gläubiger befriedigende Erbe könnte durch dessen Befriedigung nicht mehr Rechte erlangen, als jener hat.

§ 2126.

7. Anmeldung des Gläubigers.

Im Anschlusse an das preuß. Ges. v. 1879 §§ 12, 14 Abs. 2 wird bestimmt, in welcher Weise die Anmeldung der Forderungen zu erfolgen hat. Hinzugefügt sind Vorschriften über die Rückgabe der Beweisstücke und Abschriften nach Beendigung des Verfahrens, endlich, im engen Anschlusse an den § 2107, nach welchem auch das Inventar eingesehen werden kann, über die Einsicht der Anmeldungen.

§ 2127.

8. Rechtsverhältniß der ausgeschlossenen Gläubiger. Wirkungen der Ausschließung.

Einige Vorschriften über die Wirkungen des Ausschlußurtheiles gegenüber den ausgeschlossenen Gläubigern enthält der § 2127.

Indem bestimmt wird, der ausgeschlossene Gläubiger könne seine Forderung gegen den Erben nur noch insoweit geltend machen, als der Werth des Nachlasses durch Befriedigung der nichtausgeschlossenen Gläubiger nicht erschöpft werde (Abs. 1), wird zugleich erkennbar, daß der ausgeschlossene Gläubiger nicht verlangen kann, der Erbe solle die etwa noch vorhandenen Nachlaßgegenstände realisiren, daß vielmehr Schätzung eintritt. Der gleiche Gedanke tritt aus der im zweiten Absatze ausgesprochenen Beschränkung der Haftung des Erben auf die Bereicherung hervor.

Die Haftung des Erben wird näher geregelt in dem zweiten und dritten Absatze. Nach diesen Vorschriften ist die Zeit der Erlassung des Ausschlußurtheiles für den Bestand und Werth des Nachlasses maßgebend; der Anspruch fällt weg, falls der Erbe zur Zeit der Geltendmachung des Anspruches nicht mehr bereichert ist; die Befriedigung dieser Gläubiger ist nicht nach einer gewissen Rang-

ordnung oder Reihenfolge zu bewirken, mit Vorbehalt der Ausnahme für die rechtskräftige Verurtheilung. Die Vorschriften stimmen zum Theil wörtlich überein mit dem § 2118 Satz 2, 3, 4.

Soll der Zweck des Aufgebotes erreicht werden, so kann den ausgeschlossenen Nachlaßgläubigern ein weiter gehendes Recht als das Recht auf Befriedigung aus dem Ueberschusse, welcher dem Erben nach Befriedigung der nichtausgeschlossenen Gläubiger von dem Nachlasse verbleibt, nicht gewährt werden. Entsprechend bestimmen auch das preuß. Ges. von 1879 § 10 und das lüb. Ges. § 17 Abs. 3. Den Erben bis zur Höhe dieses Ueberschusses schlechthin haften zu lassen, erscheint nicht zulässig; ihm kann eine Haftung nur insoweit angesonnen werden, als er in dem Zeitpunkte, in welchem die Nachlaßgläubiger mit ihren Forderungen, gerichtlich oder außergerichtlich, hervortreten, durch diesen Ueberschuß noch bereichert ist.

Die Meldung muß jedoch genügen, wenn auch der Gläubiger zur Zeit der Meldung nicht sofort Befriedigung verlangen kann, z. B. weil sein Anspruch befristet ist. In Betracht kommen hauptsächlich die Fälle, in welchen der Erbe, nachdem das Ausschlußurtheil erlassen ist, gegenüber den angemeldeten Nachlaßgläubigern die volle Haftung übernimmt oder diese Gläubiger befriedigt. Denn lehnt der Erbe die volle Haftung ab, so wird der Nachlaß nur sehr selten dergestalt zur Befriedigung der Gläubiger hinreichen, daß sich schließlich ein Ueberschuß ergiebt; zudem kommt es alsdann fast immer zum Nachlaßkonkurse. Uebernimmt der Erbe die volle Haftung, so bildet für ihn der etwa verbleibende Ueberschuß einen Aktivbestandtheil seines Vermögens, über welchen er wie über jeden anderen Vermögensbestandtheil verfügt, ohne daß ihm hieraus ein Vorwurf gemacht werden kann. Es würde weder billig noch gerecht sein, in Ansehung dieses Ueberschusses den Erben die Gefahr tragen zu lassen, bis der ausgeschlossene Nachlaßgläubiger sich meldet, zumal, wenn dieses vielleicht nach sehr langer Zeit geschieht. Freilich kann es unter Umständen für den Nachlaßgläubiger hart sein, daß er mit seinem Anspruche auf die Bereicherung beschränkt wird, insbesondere, wenn er von dem Aufgebote ohne sein Verschulden Kenntniß nicht erlangt hat. Allein die Rücksicht auf die Lage des Erben muß überwiegen. Der ausgeschlossene Gläubiger hat darzuthun, daß dem Erben ein Ueberschuß geblieben sei, dem Erben hingegen liegt der Nachweis ob, daß er durch den vorhanden gewesenen Ueberschuß nicht mehr bereichert sei. Diese Vertheilung der Beweislast läßt der zweite Absatz erkennen, ohne daß besondere Vorschriften über die Beweislast erforderlich wären.

Für den Nachlaßbestand ꝛc. maßgebender Zeitpunkt.

In Ansehung des Bestandes und Werthes des Nachlasses die Zeit des Erbfalles entscheiden zu lassen, geht schon deshalb nicht an, weil jedenfalls die nach dem Eintritte des Erbfalles entstehenden Nachlaßverbindlichkeiten nicht unberücksichtigt bleiben können. Die Ermittelung des Bestandes und Werthes würde ferner sehr erschwert und verwickelt werden, wenn stets auf den vielleicht weit zurückliegenden Zeitpunkt des Erbfalles zurückgegangen werden sollte. Die Zeit der Zulassung des Aufgebotsantrages als maßgebend zu erklären, ließe sich durch die Erwägung rechtfertigen, daß die Zulassung des Antrages gewissermaßen die Parallele bilde zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses. Wird aber

auf das Aufgebotsverfahren als solches gesehen, so erscheint es folgerichtiger, die Zeit der Erlassung des Aufgebotsurtheiles entscheiden zu lassen. Möglich wäre auch, den Bestand und Werth des Nachlasses lediglich nach den Angaben des Erben im Inventare in dem Sinne zu bemessen, daß diese Angaben sich als ein Befriedigungsanerbieten darstellten, welches die ausgeschlossenen Gläubiger gegen sich gelten zu lassen hätten. Allein eine Vorschrift dieses Inhaltes würde von Willkürlichkeit nicht frei sein und die Rechte der ausgeschlossenen Gläubiger von der größeren oder geringeren Gewissenhaftigkeit des Erben abhängig machen.

Der Bestand des Nachlasses zur Zeit der Erlassung des Ausschlußurtheiles bestimmt sich so, wie wenn zu dieser Zeit der Nachlaßkonkurs eröffnet worden wäre, mithin nach Maßgabe der §§ 2112 ff. Dies besonders hervorzuheben, ist nicht erforderlich.

Die Vorschriften des dritten Absatzes rechtfertigen sich aus den Gründen, auf welchen die beiden letzten Sätze des § 2118 beruhen (S. 640, 641).

§ 2128.

Befugnisse des Ausgeschlossenen. Nachlaßkonkurs.

Das Recht, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen, kann den ausgeschlossenen Gläubigern nicht eingeräumt werden. Anderenfalls würden diese Gläubiger in der Lage sein, das Ergebniß des Aufgebotsverfahrens für die angemeldeten Gläubiger wie für den Erben illusorisch zu machen (erster Halbsatz).

Liquidation im Nachlaßkonkurse.

Kommt es nach der Erlassung des Ausschlußurtheiles ohne den Antrag eines Ausgeschlossenen zum Konkurse über den Nachlaß, so dürfen diese Gläubiger ihre Forderung im Nachlaßkonkurse nicht geltend machen (zweiter Halbsatz). Wegen des Ausdruckes vergl. § 56 der Konk. O.

Für die unbeschränkte Zulassung dieser Gläubiger zur Liquidation läßt sich anführen, daß das Aufgebotsverfahren lediglich dem Interesse des Erben, welches dieser an der Klarstellung der Lage der Sache habe, diene, und daß dieses Interesse mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses wegfalle, da der Erbe in einem solchen Falle den Nachlaß an die Konkursmasse herauszugeben habe und ihn der Nachlaß nichts mehr angehe. Allein thatsächlich wirkt das Ausschlußurtheil außerhalb des Konkurses nicht allein zu Gunsten der Erben, sondern auch insofern zu Gunsten der angemeldeten Gläubiger, als diese ihre Befriedigung von dem Erben aus dem Nachlasse ohne Rücksicht auf die nichtgemeldeten Gläubiger verlangen können und die ausgeschlossenen Gläubiger nach dem § 2127 nur auf einen etwaigen Ueberschuß Anspruch haben. Schon hiernach ist es folgerichtig, denselben Grundsatz auch im Konkurse zur Anwendung zu bringen. Dazu kommt, daß durch die unbeschränkte Zulassung der im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubiger der Erbe unter Umständen nicht unerheblich benachtheiligt werden könnte. An sich haben nach dem § 2127 die ausgeschlossenen Gläubiger den ihnen auf den etwaigen Ueberschuß eingeräumten Anspruch nur, soweit der Erbe noch bereichert ist. Wird nachträglich der Konkurs über den Nachlaß eröffnet, so hat der Erbe den Nachlaß, wie derselbe zur Zeit der Konkurseröffnung sich gestaltet hat, an den

Ablehnung der Liquidation im Konkurse.

Konkursverwalter herauszugeben, und zwar unter Berücksichtigung der für ihn nach dem § 2112 sich ergebenden Verpflichtungen. Es kann leicht sich zutragen, daß die Konkursmasse mehr umfaßt, als der Nachlaß zu dem nach dem § 2127 für die Bemessung der Rechte der ausgeschlossenen Gläubiger maßgebenden Zeitpunkte der Erlassung des Ausschlußurtheiles betragen hat. Der Mehrbetrag würde dann den ausgeschlossenen Gläubigern zu statten kommen, obwohl sie ein Recht auf denselben nicht haben.

Würde den ausgeschlossenen Gläubigern gestattet, im Konkurse zu liquidiren, aber erst an letzter Stelle[1]), so würde auch dadurch der Erbe benachtheiligt werden können. Ueberdies aber würde durch eine solche Regelung der Nachlaßkonkurs ungemein verwickelt werden, namentlich wenn berücksichtigt wird, daß der § 2117 bereits neue Klassen von Konkursgläubigern anerkannt hat.

Hiernach erscheint es als das Einfachste und Angemessenste, die ausgeschlossenen Gläubiger im Konkurse nicht liquidiren zu lassen, vielmehr ihnen zu überlassen, mit dem im § 2127 ihnen gewährten Anspruche, falls der Konkurs einen Ueberschuß ergiebt, gegen den Erben vorzugehen. Freilich kann nunmehr auch der Erbe, welcher vor der Konkurseröffnung einen ausgeschlossenen Gläubiger befriedigt hat, ungeachtet des ihm nach dem § 2115 Abs. 2 zustehenden Eintrittsrechtes die Forderung im Konkurse nicht liquidiren. Allein der Fall, daß der Erbe einen ausgeschlossenen Gläubiger befriedigt, bevor er den Ansprüchen derjenigen Gläubiger, welche sich gemeldet haben, gerecht geworden ist und dadurch vor der Eröffnung des Nachlaßkonkurses sich gesichert hat, wird kaum je vorkommen. Sollte ein solcher Fall wirklich sich zutragen, so wird der Erbe sich nicht beklagen dürfen, wenn er die Folgen seiner Unvorsichtigkeit auf sich zu nehmen hat.

§ 2129.

Wirkungen des Verzichtes auf das Inventarrecht.

Wie die Erfahrung gelehrt hat, erklärt der Erbe in der Regel nicht einen Verzicht auf das Inventarrecht nach Erlassung des Ausschlußurtheiles, sondern er übernimmt die volle Haftung für die angemeldeten Forderungen. Mit der einseitigen Erklärung dieses Inhaltes würde er indessen den von ihm angestrebten Zweck, die Sache zum endgültigen Austrage zu bringen, nicht erreichen. Eine solche Erklärung würde nur gegenüber dem einzelnen Gläubiger, welchem gegenüber sie abgegeben wird, wirksam sein, und auch dies nur dann, wenn der Gläubiger zustimmt, mithin wenn eine Vereinbarung getroffen wird. Sollte also dem Erben geholfen werden, so müßte der Erklärung ausdrücklich absolute Wirkung beigelegt werden; zugleich müßten alsdann Vorschriften darüber aufgenommen werden, wie die Erklärung abzugeben sei, u. s. w. Der Entwurf macht solche positive Vorschriften entbehrlich, indem er den Erben auf den Weg des Verzichtes auf das Inventarrecht verweist und bestimmt, daß der Verzicht, sofern er nach der Erlassung des Ausschlußurtheiles erklärt wird (vergl. § 2094), zu Gunsten der ausgeschlossenen Gläubiger nicht wirkt.

[1]) Vergl. Entsch. d. preuß. Ob. Trib. Bd. 64 S. 382 ff.

Einer besonderen Fristbestimmung für die Abgabe des Verzichtes bedarf es nicht. Noch weniger besteht ein Bedürfniß, zur Begründung des Antrages auf Konkurseröffnung nach Ablauf einer solchen Frist von dem nach dem § 203 der Konk. O. erforderlichen Nachweise der Ueberschuldung des Nachlasses abzusehen. Letzteres würde ohnehin praktisch von keiner Bedeutung sein. Eine Fristbestimmung ist um so mehr entbehrlich, als dem Erben schon dadurch, daß nach dem § 2120 Abs. 1 ein Ausschlußurtheil erforderlich ist, einige Zeit zur Ueberlegung bleibt, welche Maßnahmen er zu ergreifen habe.

Daß der Erbe auch zu Gunsten der ausgeschlossenen Gläubiger auf das Inventarrecht verzichten kann, versteht sich von selbst. Insbesondere ist es nicht erforderlich, um dies erkennbar zu machen, die Worte „im Zweifel" hinter „Verzicht" einzuschalten. Auch ohne diese Worte wird nicht verkannt werden, daß es sich um eine Dispositivvorschrift handelt.

§ 2130.

9. Wirkungen der Zulassung.

Im Wesentlichen übereinstimmend mit dem preuß. Ges. v. 1879 § 1 Abs. 2 und dem lüb. Ges. § 19 wird vorgeschrieben, der Erbe könne nach Zulassung des Aufgebotsantrages in Ansehung einer durch das Aufgebot betroffenen Forderung die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung der nach dem Aufgebotsantrage erfolgten Maßregeln der Zwangsvollstreckung verlangen.

Einstellung der Zwangsvollstreckung u. s. w.

Wenn der Zweck des Verfahrens nicht vereitelt werden soll, so muß auch in Ansehung des nach Eintritt des Erbfalles von einem Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung schon erworbenen Pfändungspfandrechtes das Gleiche bestimmt werden (vergl. preuß. Ges. § 11 Abs. 2; lüb. Ges. § 19), obschon an sich nach dem § 2125 das Recht eines Pfandgläubigers auf abgesonderte Befriedigung durch das Aufgebotsverfahren nicht betroffen wird. Ohne eine solche Vorschrift würde insbesondere der Erbe geschädigt werden können[1]).

Mit dem preuß. Ges. § 1 Abs. 3 die Vollziehung eines Arrestes im Sinne dieser Vorschriften der Zwangsvollstreckung gleichzustellen, ist nicht für angemessen erachtet. Wird auch die Vollziehung eines Arrestes durch das Aufgebot ausgeschlossen, so würde den Gläubigern nicht selten das einzige oder doch hauptsächlich wirksame Mittel entzogen werden, durch welches sie sich gegen eine arglistige oder fahrlässige Gebahrung des Erben mit dem Nachlasse schützen können, solange der Nachlaßkonkurs noch nicht eröffnet ist.

Nachlaßkonkurs.

Das Recht des Nachlaßgläubigers, die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß zu beantragen, darf durch das Aufgebot nicht berührt werden (Abs. 2), anderenfalls würde dessen Recht über das Bedürfniß hinaus beschränkt.

Daß das Aufgebotsverfahren der Erhebung neuer Klagen sowie der Fortsetzung anhängiger Prozesse nicht entgegensteht, bedarf als selbstverständlich nicht eines besonderen Ausdruckes.

[1]) Vergl. Eccius (2. A.) § 100 Anm. 13, § 270 Anm. 87; Dernburg § 225 bei Anm. 18.

§ 2131.

Beschränkung des Erben in Ansehung eines neuen Termines.

Die Erledigung des Aufgebotsverfahrens durch Ausschlußurtheil ist von dem Antrage im Aufgebotstermine abhängig (§ 829 Abs. 1 der C. P. O.). Ist der Termin versäumt, oder der Antrag nicht gestellt, so ist der Antrag auf Bestimmung eines neuen Aufgebotstermines zwar nur innerhalb sechs Monaten zulässig (§ 831 das.). Der Wiederholung einer solchen Verzögerung steht jedoch in jedem anderen Aufgebotsverfahren nichts entgegen. — Da während des Aufgebotsverfahrens nach dem § 2130 die Einleitung und Fortsetzung der Zwangsvollstreckung gegen den Willen des Erben unzulässig ist, erscheint es geboten, durch die im Wesentlichen dem § 13 des preuß. Ges. v. 1879 entsprechende Vorschrift dem Erben die Möglichkeit zu entziehen, das Aufgebotsverfahren mit der bezeichneten Wirkung in Ansehung der Zwangsvollstreckung über die Gebühr zu verlängern (vergl. Mot. der Vorlage zum preuß. Ges. v. 1879 S. 10, 11).

§ 2132.

10. Beendigung des Verfahrens.

Ueber die Beendigung des Aufgebotsverfahrens, falls das Ausschlußurtheil erlassen oder der Antrag auf Erlassung des Urtheiles zurückgewiesen wird, bestimmt der § 2132. Die Vorschrift entspricht im Wesentlichen dem § 15 des preuß. Ges. von 1879; sie trifft zugleich Vorsorge, daß der Erbe nicht durch eine unberechtigte Zurückweisung des Antrages auf Erlassung des Aufgebotes geschädigt wird, und stellt klar, wann im Falle der Erlassung eines Ausschlußurtheiles das Verfahren als beendigt anzusehen ist (vergl. Mot. der Vorlage zum preuß. Ges. von 1879 S. 11 und § 829 der C. P. O.).

Bekanntmachung der Beendigung.

Eine Vorschrift über die Bekanntmachung der Beendigung des Verfahrens (vergl. § 14 des preuß. Ges. von 1879) ist nicht erforderlich. Von einer solchen Bekanntmachung ist ein erheblicher Erfolg nicht zu erwarten; hingegen würden dadurch nicht selten unverhältnißmäßige Kosten verursacht werden.

Die Anmeldung der Ansprüche schließt nicht aus, daß deren Richtigkeit von den Betheiligten bestritten wird; dies versteht sich von selbst und bedarf eines Ausdruckes nicht.

§ 2133.

VII. Abzugseinrede.
1. Zulassung. Grundsätze.

Im Hinblicke auf das geltende Recht ist es für angemessen erachtet, dem Erben nicht allein den Weg des Nachlaßkonkurses offen zu lassen, um seine Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten zu beschränken (vergl. S. 605). Das dem Erben außerdem gewährte Recht, das Gläubigeraufgebot zu beantragen, ist kein Mittel, um die Haftung zu beschränken, sondern dient nur dazu, dem Erben eine Handhabe zu bieten, um den Stand der Dinge zu übersehen. Das neben dem Nachlaßkonkurse dem Erben gewährte Mittel der Abzugseinrede hat freilich bedenkliche Seiten. Wenn es dem Erben überlassen wird, den Nachlaß selbst konkursmäßig zu vertheilen, so wird der Streit über den Bestand und Werth des Nachlasses, über Betrag, Bestehen und Vorrechte

der Nachlaßverbindlichkeiten in den einzelnen Fall verlegt. Die Zahl und Verwickelung der Rechtsstreitigkeiten wird vermehrt; es kann sich ergeben, daß in Ansehung der einzelnen Fragen widersprechende Urtheile erlassen werden. Die Befriedigung der einzelnen Gläubiger kann nicht unbeträchtlich verzögert werden. Dazu kommt, daß der Erbe der Gefahr ausgesetzt wird, zu Schaden zu kommen. Allein es erscheint doch unzulässig, den Betheiligten nur den Weg des Nachlaßkonkurses offen zu lassen und dieselben zu zwingen, selbst dann den Nachlaßkonkurs zu beantragen, wenn sie es in ihrem Interesse für geboten erachten, diesen zu vermeiden. Zahlreiche Fälle lassen sich denken, in welchen der Nachlaßkonkurs recht ungeeignet sein würde, um zu einem befriedigenden Ergebnisse zu führen. Abgesehen von den Fällen, in welchen nur ein Gläubiger vorhanden ist, und von denen, in welchen der Nachlaß zu unbedeutend ist, als daß ein Konkursverfahren zulässig wäre (§§ 99, 190 der Konk. O.), sind auch diejenigen Fälle zu berücksichtigen, in welchen das Sachverhältniß sehr einfach und leicht zu übersehen ist, ferner diejenigen, in welchen eine Verwerthung des Nachlasses im Wege des Konkurses unbefriedigende Ergebnisse herbeiführen würde, weiter diejenigen, in welchen eine günstige Veränderung für den Nachlaßbestand wegen der nur augenblicklichen Unsicherheit der Nachlaßaktiva in naher Aussicht steht, endlich diejenigen, in welchen der Erbe geneigt ist, den Konkurs aus persönlichen Rücksichten oder im Hinblicke auf den Ruf des Erblassers zu vermeiden und deshalb lieber selbst Opfer zu bringen. Diese und ähnliche Fälle machen es um so nothwendiger, einen anderen Weg für den Erben zu eröffnen, um seine Haftung zu beschränken, als auch im öffentlichen Interesse die kostspieligen, die Gerichte schwer belastenden Konkurse nicht zu begünstigen sind. Es muß nur Sorge getragen werden, daß den Betheiligten stets offen bleibt, die Konkurseröffnung zu beantragen, falls sie dies für zweckmäßiger erachten (vergl. § 2144).

Ablehnung eines anderen Rechtsbehelfes als einer Einrede.

Dem Erben, welchem die Durchführung des Inventarrechtes außerhalb des Konkurses zu gestatten ist, statt einer Einrede einen anderen Rechtsbehelf zu geben, ist nicht für zulässig erachtet. Es wäre zwar möglich, dem Erben die Befugniß zu gewähren, durch einen rechtsgeschäftlichen Akt die Wirkungen, welche an das Inventarrecht sich knüpfen, herbeizuführen und damit gegenüber den einzelnen Gläubigern dasjenige Rechtsverhältniß hervorzurufen, welches mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses gegenüber allen Gläubigern eintritt. Für eine solche andere Gestaltung sprechen insbesondere folgende Erwägungen: Wird das Recht des Erben als Einrederecht behandelt, so gelangt es nach dem Begriffe der Einrede nicht erst mit der Geltendmachung im Prozesse zur Entstehung, sondern es ist so anzusehen, als habe dieses Recht von dem Eintritte des Erbfalles an oder unter Umständen von der Entstehung der Forderung an der Forderung als ein materielles Recht zur bruchtheilweisen Minderung der Forderung entgegengestanden (vergl. Motive zum Allg. Th. S. 359). Diese Gestaltung kann mit Rücksicht darauf, daß das Recht der bruchtheilweisen Minderung bei den fortwährenden Veränderungen und Werthschwankungen der Nachlaßmasse einen im Laufe der Zeit wechselnden Inhalt und Umfang hat oder doch haben kann, zu erheblichen Verwickelungen und zu Folgen führen, welche mit dem das Inventarrecht beherrschenden Grundgedanken nicht

vereinbar erscheinen. Um das Letztere klarzustellen, bedarf es nur des Hinweises auf die Fälle, in welchen der Erbe entsprechend dem Stande des Nachlasses gezahlt hat oder verurtheilt worden ist und nachträglich eine Vermehrung oder Verminderung des Nachlasses eintritt. Selbst für die Frage, wie der Erbe seitens des Gläubigers in Verzug zu setzen sei, ergeben sich bei der Annahme eines Einrederechtes Schwierigkeiten.

Allein für ein solches Recht, wie es von der dargelegten Auffassung aus dem Erben zu gewähren sein würde, hat das bisherige Recht keine feste Kategorie. Die Analogie des Rechtes des Schuldners, mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung aufzurechnen, an welche allenfalls gedacht werden könnte, liegt zu fern.

Der Entwurf kann sich daher auf eine solche Gestaltung nicht einlassen, schon weil nicht zu übersehen ist, wie weit dieselbe im Einzelnen führt. Der Standpunkt der Einrede, welchen auch die C. P. O. erkennen läßt, ist vielmehr festgehalten. Da jedoch anzuerkennen ist, daß das zu Grunde zu legende Einrederecht in verschiedener Hinsicht ein eigenartiges ist, so müssen die mit dem Zwecke des Inventarrechtes unvereinbaren Folgen der Einredenatur durch Sondervorschriften beseitigt werden. Solche Vorschriften werden ferner durch die zu Grunde gelegte Fiktion des Konkurses erforderlich; denn diese Fiktion ruft einestheils Zweifel hervor, anderentheils befriedigen die daraus zu entnehmenden Ergebnisse nicht durchweg.

Fiktion des Konkurses.

Der erste Absatz bringt die Auffassung, daß in der Berufung auf das Inventarrecht das Vorschützen einer Einrede zu finden ist, zum Ausdrucke; zugleich spricht er die den Schwerpunkt der Regelung ausmachende Fiktion des Nachlaßkonkurses aus.

Wesen der Einrede.

Das Wesen der dem Erben zu gewährenden Einrede, welche sich passend als Abzugseinrede bezeichnen läßt und für welche dies Wort zu einem technischen gemacht wird, besteht darin, daß der Erbe befugt ist, dem einzelnen Gläubiger auf seine Forderung den Betrag in Abzug zu bringen, mit welchem der Gläubiger im Nachlaßkonkurse ausfallen würde.

Voraussetzung.

Die Voraussetzung ist dahin gefaßt, daß der Nachlaß zur vollständigen Befriedigung der Nachlaßgläubiger unzureichend, der Konkurs über den Nachlaß aber nicht eröffnet ist. Mitgetroffen wird dadurch der Fall, daß der Konkurs eröffnet war, aber in nicht gewöhnlicher Weise, z. B. in Folge der Bewilligung aller Nachlaßgläubiger, wieder aufgehoben ist.

Feststellung des Nachlaßbestandes.

In Ansehung der Feststellung des Bestandes des Nachlasses zum Zwecke der Bemessung der Höhe desjenigen Betrages, welchen der Erbe abzuziehen berechtigt ist, erklärt der zweite Absatz die im Falle des Nachlaßkonkurses geltenden Vorschriften, insbesondere die §§ 2112—2115, 2117, für entsprechend anwendbar, soweit nicht aus den §§ 2134—2139 ein Anderes sich ergiebt. Die Hinweisung auf die Anwendbarkeit der für den Fall des Nachlaßkonkurses geltenden Vorschriften kann entbehrlich erscheinen, weil deren Geltung eine nothwendige Folge der Fiktion des Nachlaßkonkurses sei. Allein die Hinweisung rechtfertigt sich mit Rücksicht darauf, daß jene Vorschriften speziell für den Nachlaßkonkurs gegeben sind. Von besonderer Wichtigkeit sind die einzeln bezeichneten Vorschriften. Hierher gehört namentlich der § 2112, welcher die

Verantwortlichkeit des Erben für die Verwaltung des Nachlasses und die Pflicht des Erben, Rechnung zu legen und zu manifestiren, ergiebt. Zwar handelt der § 2112 auch von Rechten des Erben, und diese Vorschriften passen für das Verhältniß des Erben zu einem einzelnen Gläubiger deshalb nicht, weil der Erbe dasjenige, was er zu beanspruchen hat, nur abziehen kann. Ferner ist der dritte Satz des § 2112 insofern nicht anwendbar, als weder eine Herausgabe des Nachlasses noch eine Zurückbehaltung desselben hier in Frage kommt. Hierauf ist jedoch kein Gewicht zu legen, weil die Anwendbarkeit nur für die Feststellung des abzuziehenden Betrages vorgeschrieben ist und in dieser Hinsicht Zweifel über die Bedeutung der entsprechenden Anwendung nicht obwalten können. Nicht erwähnt ist der § 2116, welcher von der Aufrechnung handelt. In dieser Hinsicht bestimmt der § 2139.

Uebergehung eines Nachlaßgegenstandes im Inventare.

Dem Nachlaßgläubiger durch eine besondere Vorschrift das Recht zu sichern, eine Herabsetzung des Abzuges für den Fall zu verlangen, daß der Abzug deshalb zu hoch ausgefallen ist, weil der Erbe einen Nachlaßgegenstand im Inventare nicht aufgeführt hat (ohne daß er nach dem § 2106 Abs. 1 das Inventarrecht verloren hat), ist nicht für angemessen erachtet. Es ist bei demjenigen belassen, was sich aus den allgemeinen Grundsätzen ergiebt. Zu beachten bleibt, daß, je nachdem der Erbe den Abzug einseitig gemacht hat oder der Abzug durch Urtheil oder durch Vertrag festgestellt worden ist, eine verschiedene Beurtheilung einzutreten hat.

Daß die Abzugseinrede unter Zugrundelegung des Inventares geltend gemacht werden müsse, ist nicht bestimmt. Nach dem Entwurfe ist jeder Erbe Inventarerbe, solange das Inventarrecht nicht erloschen ist (vergl. § 2120). Im Rechtsstreite handelt es sich lediglich um Feststellung des materiellen Rechtes. Hiernach kann das lediglich formale Moment der Errichtung des Inventares nicht zur Voraussetzung für die Geltendmachung der Abzugseinrede bestimmt werden. Selbstverständlich hat der Erbe, wenn er die Abzugseinrede geltend macht, den Betrag, auf dessen Kürzung die Einrede sich richtet, bestimmt zu bezeichnen und durch Rechnungslegung zu begründen; dies bedarf eines besonderen Ausdruckes nicht.

Bedingte und betagte Forderungen.

Bedingte oder betagte Forderungen können auch bei der Abzugseinrede nur als solche geltend gemacht werden. Darüber kann auch in Ermangelung einer besonderen Vorschrift ein Zweifel nicht wohl bestehen.

Verjährung.

Ueber die Bedeutung der Abzugseinrede in Ansehung der Verjährung vergl. § 162 Abs. 2 (Motive zum Allg. Th. S. 314).

Daß die Abzugseinrede dem Erben in Ansehung der dinglichen Verbindlichkeiten nicht zur Seite steht, erhellt aus dem § 1084 Abs. 3 Schlußsatz und dem § 1160 Schlußsatz.

§ 2134.

Umwandlung der nicht auf Geld gerichteten Forderung.

Ist der Gegenstand der Forderung, gegen welche die Abzugseinrede erhoben wird, nicht ein Geldbetrag, so würde der Grundsatz des § 2133 nicht durchführbar sein, wenn nicht bestimmt wäre, daß der Gläubiger die Forderung nach deren Schätzungswerthe geltend zu machen habe. Der § 2134 enthält

hiernach eine nähere Erläuterung des im § 2133 ausgesprochenen Grundsatzes (vergl. Konk. O. § 62). Die Vorschrift kann als eine nothwendige Folge der Fiktion des Konkurses für selbstverständlich erachtet werden. Indessen dient sie zur Verdeutlichung einer der Hauptfolgen dieses Grundsatzes, und ist deshalb ihre Aufnahme rathsam.

Klageänderung.

Gegenüber dem § 240 Nr. 3 der C. P. O. kann nicht zweifelhaft sein, daß, wenn der Gläubiger in Folge der Erhebung der Abzugseinrede genöthigt ist, den Klageantrag zu ändern, darin eine unzulässige Aenderung der Klage nicht liegt.

§ 2135.

2. Berechnung. Maßgebender Zeitpunkt.

Bei den Schwankungen, welchen der Bestand und Werth des Nachlasses naturgemäß unterliegt, ist es zur Vermeidung kaum lösbarer Schwierigkeiten erforderlich, den für die Höhe des zu machenden Abzuges maßgebenden Zeitpunkt dergestalt zu bestimmen, daß der bei Bemessung des Nachlasses nach diesem Zeitpunkte sich ergebende Betrag des Abzuges endgültig maßgebend bleibt und eine etwaige spätere Vermehrung oder Verminderung des Nachlasses nicht berücksichtigt wird.

In Ansehung der Entscheidung, welcher Zeitpunkt zu wählen sei, lassen sich verschiedene Auffassungen vertreten. Indessen handelt es sich nur um eine Frage der Zweckmäßigkeit.

Auf die Zeit des Erbfalles zu sehen, würde gegenüber dem Erben unbillig sein, aber auch gegenüber dem Gläubiger sich kaum begründen lassen, da der Erbe alsdann für sein Verhalten in Ansehung des Nachlasses nicht verantwortlich wäre, andererseits von dem Erbfalle an die Gefahr tragen müßte, letzteres also von einer Zeit ab, in welcher er möglicherweise völlig außer Stande war, zu wissen, ob er der Erbe sein werde. Den Zeitpunkt, in welchem der Anspruch von Seiten des Gläubigers rechtshängig gemacht ist, zu wählen, ließe sich damit rechtfertigen, daß es Pflicht des Erben gewesen sei, den Gläubiger sofort bei der Erhebung der Klage zu befriedigen. Dieser Grund würde an einen Gedanken anknüpfen, welcher der Rückbeziehung des Urtheiles auf die Zeit des Prozeßbeginnes im röm. Rechte zu Grunde liegt; derselbe kann aber als hier zutreffend nicht erkannt werden. Eine solche Regelung könnte gleichfalls zu großen Härten gegen den Erben führen. Die Einredenatur des Abzugsrechtes möchte darauf hinweisen, den Schluß der mündlichen Verhandlung entscheiden zu lassen. Allein, wenn dieser Zeitpunkt gewählt würde, müßte die schließliche Feststellung erhebliche Schwierigkeiten bereiten wegen der Veränderungen, welche in der Zeit zwischen der Geltendmachung der Einrede im Prozesse und dem Schlusse der letzten mündlichen Verhandlung mit der Nachlaßmasse vorgehen, insbesondere wegen des Hinzutrittes der Nutzungen bis zu diesem Zeitpunkte, der Vermehrungen und Verminderungen während des Rechtsstreites u. s. w. Zweckmäßigkeitsgründe sprechen für den Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung der Einrede. Dieser Zeitpunkt läßt sich dem Antrage auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses passend an die Seite stellen. Die Wahl desselben wird auch nicht zu praktischen Schwierig-

keiten führen. Zu verdeutlichen ist jedoch, daß der Antrag auf Vorbehalt des Inventarrechtes oder der Abzugseinrede im Urtheile (§§ 695, 696 C. P. O.) noch nicht als Geltendmachung der Einrede im Sinne dieser Vorschrift angesehen werden kann.

§ 2136.

Schätzungswerth noch vorhandener Nachlaßgegenstände.

Entgegen der von dem Reichsgerichte in den Entsch. Bd. 8 S. 268[1]) für das preuß. Recht vertretenen Auffassung entscheidet der § 2136, daß der Gläubiger nicht berechtigt sei, die Umsetzung aller bei dem Erben vorhandenen Gegenstände, welche derselbe im Falle des Konkurses zur Konkursmasse herauszugeben haben würde, in Geld nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung zu verlangen, vielmehr der Schätzungswerth maßgebend sei. Zwar wohnt der Schätzung der Nachlaßgegenstände, wie jeder Schätzung, nach der Natur der Dinge eine gewisse Unsicherheit inne; aber das Auskunftsmittel, den Werth im Wege der Zwangsversteigerung festzustellen (darauf läuft jene Regelung für die meisten Fälle hinaus), bietet keine angemessene Abhülfe. Die Zwangsversteigerung eignet sich wohl dazu, einem Gläubiger alsbaldige Befriedigung zu verschaffen. Zur Erzielung eines dem wirklichen Werthe der versteigerten Gegenstände entsprechenden Preises führt sie jedoch erfahrungsmäßig in der Regel nicht. Mindestens bietet sie keine Sicherheit für die Erzielung eines solchen Preises. Die Fiktion des Konkurses scheint allerdings dafür zu sprechen, die Herbeiführung der Versteigerung dem Gläubiger zu gestatten. Allein im Konkurse bestehen gewisse Garantieen dafür, daß das Interesse der Gläubiger thunlichst gewahrt werde. Das Konkursverfahren giebt den Gläubigern die Möglichkeit, eine Versteigerung, falls dieselbe nicht in ihrem Interesse liegt, zu verhindern. Dagegen kann der außerhalb des Konkurses mit der Befugniß, die Zwangsversteigerung herbeizuführen, ausgerüstete einzelne Gläubiger willkürlich vorgehen und durch Herbeiführung der Versteigerung zu ungeeigneter Zeit oder dann, wenn ein angemessener Preis nicht zu erzielen ist, die übrigen Gläubiger erheblich schädigen. Sodann aber würde es mit den Gründen, welche zur Gewährung der Abzugseinrede geführt haben, nicht im Einklange stehen, wenn die Versteigerung zugelassen würde. Im Interesse des Erben wie der Gläubiger ist es für geboten erachtet, die Möglichkeit zu eröffnen, den Konkurs und dessen Folgen zu vermeiden (vergl. S. 655), also den unzureichenden Nachlaß ohne Mitwirkung des Gerichtes zu liquidiren. Eine der schwerwiegendsten Folgen des Konkurses ist aber die Realisirung der Masse. Ein Bedürfniß, die Zwangsversteigerung zuzulassen, besteht nicht. Hält der Gläubiger die außergerichtliche Regelung wegen der Schätzung des Nachlasses nach dessen Werthe als nicht in seinem Interesse liegend, so ist ihm unbenommen, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen (§ 2144). Dies ist nur dann ausgeschlossen, wenn es an einer Mehrheit von Gläubigern fehlt oder wenn die Masse zur Deckung der Kosten nicht ausreicht. Für solche immerhin seltene Ausnahmefälle besonders

[1]) Vergl. Dernburg § 224 S. 645, 646; Eccius § 270 S. 620—622; Boas in Gruchot's Beitr. Bd. 30 S. 279 ff.

vorzusehen, fehlt es an einem praktischen Bedürfnisse. Endlich aber würde es mit der Vorschrift des § 2135 nicht wohl vereinbar sein, daß der Werth des Nachlasses zur Zeit der gerichtlichen Geltendmachung der Abzugseinrede entscheidend sein soll, wenn der Gläubiger daneben das Recht erhielte, nachträglich die Versteigerung der Nachlaßgegenstände zu verlangen und nunmehr der Werth des Nachlasses nach dem erzielten Preise zu bemessen sein würde.

Surrogate.

Die Fassung der Vorschrift läßt erkennen, daß auch diejenigen Gegenstände in Betracht kommen, welche der Erbe im Falle des Nachlaßkonkurses nach dem § 2112 als Ersatz für nicht mehr vorhandene Nachlaßgegenstände herauszugeben haben würde, wenngleich diese Verpflichtung nur eine obligatorische ist.

§ 2137.

Schätzung bedingter ꝛc. Rechte oder Forderungen.

Besondere Vorschriften sind erforderlich für den Fall, daß zu den zu schätzenden Gegenständen ein bedingtes oder sonst ungewisses oder unsicheres Recht gehört. Enthielte der Entwurf in Ansehung solcher Rechte gar keine Vorschrift, so würden die Rechte ebenso wie alle übrigen Aktiva des Nachlasses nach dem § 2136 zu schätzen sein. Bei solchen Rechten ist indessen, weil es an einem genügenden thatsächlichen Anhalte fehlt, eine Schätzung vielfach nicht ausführbar oder doch, wenn sie erfolgt, von sehr zweifelhaftem Werthe. Solchen Rechten im Wesentlichen diejenige rechtliche Behandlung zu Theil werden zu lassen, welche sie im röm. Rechte bei der Berechnung der Quarta Falcidia gefunden haben, ist nicht für angemessen erachtet. Der Entwurf hat sich dafür entschieden, es zwar bei dem Grundsatze der Schätzung zu belassen, aber sowohl dem Erben als dem Berechtigten die Befugniß zu geben, zu verlangen, daß ein solches Recht bei der Feststellung des Nachlasses und der damit Hand in Hand gehenden Bestimmung der Höhe des Abzuges außer Ansatz bleibt, vorbehaltlich der späteren Berücksichtigung, wenn die Ungewißheit oder Unsicherheit beseitigt oder die Bedingung erfüllt ist. Eine solche Regelung ist überdies einfacher und zweckmäßiger.

Hiernach verbleibt es bei dem Grundsatze der Schätzung, bis der Erbe oder der Berechtigte beantragt, das betreffende Aktivum auszuscheiden. Geschieht dies, so erhöht sich der Betrag des Abzuges zum Nachtheile des Gläubigers. Dagegen behält der Berechtigte die Befugniß, eintretendenfalls die Minderung des Abzuges zu fordern, und zwar eine Minderung um den Betrag, welcher aus der Hebung der Ungewißheit oder der Unsicherheit sich ergiebt. Der Eingang der Forderung allein oder die Erfüllung seitens des Schuldners kann nicht für entscheidend erklärt werden, weil auch auflösend bedingte Rechte in Betracht kommen und in Ansehung dieser die Erfüllung stets zu erfolgen haben wird. Aber selbst in Ansehung der aufschiebend bedingten Rechte kann die Erfüllung seitens des Verpflichteten, sofern nicht die Bedingung erfüllt ist, nicht ausschließlich maßgebend sein; der Verpflichtete kann eine aufschiebend bedingte Verpflichtung aus sehr verschiedenen Gründen erfüllen, ohne daß bereits die Ungewißheit beseitigt ist.

Einen Unterschied zu machen zwischen aufschiebend bedingten und auflösend bedingten Rechten, würde nicht rathsam sein. Wenn die Konk. O. in

den §§ 59, 60 in Ansehung des Ansatzes der zur Passivmasse gehörenden bedingten Verbindlichkeiten unterscheidet, so kann dies in Ansehung der Aktivmasse bei der Abzugseinrede nicht ohne Weiteres maßgebend sein.

Ablehnung der Ueberweisung.

Ein aufschiebend bedingtes, ungewisses oder unsicheres Recht dem Nachlaßgläubiger auf dessen Verlangen zur Einziehung zu überweisen oder doch den Gläubiger auf seinen Antrag zur Einziehung zu ermächtigen, ist nicht für angemessen erachtet. Das Interesse des Gläubigers wird genügend gewahrt, indem der Erbe im Schlußsatze des zweiten Absatzes gegenüber dem Gläubiger verpflichtet wird, für die Feststellung eines ungewissen und die Verfolgung eines unsicheren Rechtes zu sorgen, wenn und soweit die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters es erfordert. Eine absolute Verpflichtung kann dem Erben, insbesondere in Ansehung ungewisser und unsicherer Aktiva, nicht wohl auferlegt werden. Für bedingte Aktiva wird die Vorschrift kaum von Bedeutung sein oder doch jedenfalls nur eine untergeordnete Bedeutung haben.

Gewisse auflösend bedingte Rechte.

Der Möglichkeit einer künftigen Minderung des Nachlasses dann nicht Rechnung zu tragen, wenn die auflösende Bedingung, unter welcher ein Aktivrecht des Nachlasses steht, von der Art ist, daß die Möglichkeit des Eintrittes der Bedingung eine sehr entfernte ist, und demgemäß das Recht des Dritten, welches von dem Eintritte der Bedingung abhängt, sich als ein gegenwärtiger Vermögensbestandtheil nicht betrachten läßt, kann angezeigt erscheinen. Dafür läßt sich geltend machen, daß in dem Nachlaßkonkurse ein solcher Dritter, dessen Recht von dem Eintritte der für einen Anderen auflösenden Bedingung abhängt, für ihn selbst also aufschiebend bedingt ist, nach dem Entwurfe im Falle des § 133 Abs. 3 diejenigen Rechte nicht habe, welche die Konk. O. ihm in den §§ 142, 158 für den Fall beilege, daß der Gemeinschuldner zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist, sodaß also eine solche Forderung bei der Schlußvertheilung im Konkurse zu Gunsten der übrigen Gläubiger nicht zu berücksichtigen sei. Von einer derartigen Vorschrift ist jedoch abzusehen. Es handelt sich um sehr spezielle und seltene Fälle, deren Berücksichtigung das Gesetz in auffallender Weise überlasten würde. Die Entscheidung solcher Fälle bleibt besser der Wissenschaft und Praxis überlassen, für welche es an einem Anhalte nicht fehlen wird. Dahingestellt bleiben kann, ob nicht schon den Vorschriften des Entwurfes in Verbindung mit dem Schätzungsgrundsatze zu entnehmen ist, daß im Falle des Vorbringens der Abzugseinrede die für den Nachlaßkonkurs maßgebenden Grundsätze, und auch der § 133 entsprechend anzuwenden sind. Denn, sollte die entgegengesetzte Auffassung als zutreffend anzuerkennen sein, so würde ein materieller Uebelstand deshalb nicht zu befürchten sein, weil es den Betheiligten unbenommen bleibt, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses und damit die von ihnen gewünschte Behandlung der so bedingten Nachlaßaktiva herbeizuführen.

Beweislast.

Falls streitig wird, ob der manifestations- und rechnungspflichtige Inventarerbe die Nachlaßgegenstände vollständig angegeben habe, oder ob die Aktiva zu den unsicheren oder nicht einbringlichen gehören, oder ob und in welcher Höhe die Nachlaßverbindlichkeiten bestehen, beläßt es der Entwurf in Ansehung der Beweislast bei den allgemeinen Grundsätzen, bei deren Anwendung jedoch nicht zu übersehen ist, daß der Konkursfall fingirt wird (§ 2133), und

daß im Konkursfalle der Erbe nicht beweispflichtig ist. Bezieht sich der Streit auf den Werth, so gewährt die Fiktion des Konkurses keinen Anhalt, weil im Konkurse der Grundsatz der Realisirung, bei der Abzugseinrede der Grundsatz der Schätzung entscheidet. Für die Beweispflicht des Erben in diesem Falle kann geltend gemacht werden, daß der Erbe eine Einrede erhebe, deren Unterlagen er zu beweisen habe. Mag es auch nicht ohne Zweifel sein, welche Beurtheilung in Ansehung der Beweislast einzutreten hat, so müssen sich doch die Zweifel mit Hülfe der allgemeinen Grundsätze lösen lassen. Der Wissenschaft in der Lösung der etwaigen Zweifel vorzugreifen, würde nur gerechtfertigt sein, wenn das Interesse der Rechtssicherheit dies forderte. Ein solches Interesse liegt aber nicht vor, um so weniger, als die Frage nach der Vertheilung der Beweislast überhaupt bei dem jetzigen Stande des Prozeßrechtes wesentlich an Bedeutung verloren hat.

Nicht unerwähnt soll jedoch bleiben, daß folgende verschiedene Auffassungen Vertretung gefunden haben.

A. Behaupte der Gläubiger, daß das gelegte Inventar hinsichtlich des Vorhandenseins oder des angegebenen Werthes der Nachlaßgegenstände unvollständig oder unrichtig sei, so treffe ihn die Beweislast. Der Erbe habe hingegen das von ihm behauptete Bestehen von Nachlaßverbindlichkeiten, Absonderungsrechten oder Konkursvorrechten zu beweisen. Ebenso liege dem Erben in Ermangelung einer besonderen Vorschrift der Beweis ob, daß eine ausstehende Forderung uneinbringlich sei.

B. Die in der ersteren Auffassung vertretene Meinung, der Gläubiger habe die behauptete Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit des Inventares zu beweisen, sei nur richtig, wenn es sich darum handele, ob die Nachlaßgegenstände vorhanden seien. Denn der Erbe habe seiner Pflicht genügt, wenn er das Inventar rechtzeitig lege. Insoweit gebe die Fiktion des Nachlaßkonkurses den genügenden Anhalt, weil auch im Falle des Konkurses der Erbe nur die Nachlaßgegenstände herauszugeben habe. Werde aber über den Werth von Nachlaßgegenständen gestritten, so liege dem Erben deshalb der Beweis ob, weil er die Einrede geltend mache. Das Gleiche müsse gelten in Ansehung des Bestehens von Nachlaßverbindlichkeiten, sowie in Ansehung der Uneinbringlichkeit von Nachlaßaktiven.

C. Dem Erben falle auch der Beweis zur Last, daß nicht mehr Nachlaßgegenstände vorhanden seien, als er angegeben habe. Denn der Erbe habe die Voraussetzungen der erhobenen Abzugseinrede zu beweisen und zu diesen Voraussetzungen gehöre, daß nicht mehr Nachlaßgegenstände vorhanden seien, als er angegeben habe.

§ 2138.

Schätzung bedingter ꝛc. Nachlaßverbindlichkeiten.

Die Konk. O. enthält in den §§ 58 ff. Vorschriften über die Art und Weise, wie die Passiva in Geld zu veranschlagen sind. Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften erhellt aus dem § 2133 und der darin ausgedrückten Fiktion des Konkurses.

Allein in zweierlei Hinsicht tritt die Nothwendigkeit besonderer Vorschriften hervor.

Aufschiebend oder auflösend bedingte Nachlaßverbindlichkeiten.

I. Die Konk. O. bestimmt in den §§ 59, 60, 142, 155, 156, 158 über bedingte Forderungen. Diese Vorschriften passen nicht unmittelbar. Für diesen Fall bestimmt der Entwurf, die Verbindlichkeit komme als unbedingt zum Ansatze; sei die aufschiebende Bedingung ausgefallen, oder die auflösende Bedingung erfüllt, so sei der Gläubiger berechtigt, eine verhältnißmäßige Minderung des Abzuges zu verlangen (Abs. 1). Dies führt zu einem den Vorschriften der Konk. O. entsprechenden Ergebnisse. Zweifel können im Wesentlichen nur in Ansehung der aufschiebend bedingten Verbindlichkeiten erhoben werden.

Im Konkurse ist der aufschiebend bedingt Berechtigte nach dem § 60 der Konk. O. befugt, Sicherheitsleistung zu verlangen. Bei den Abschlagsvertheilungen wird die aufschiebend bedingte Verbindlichkeit in Gemäßheit des § 142 Abs. 1 der Konk. O. zu dem Betrage berücksichtigt, welcher auf die unbedingte Verbindlichkeit entfallen würde; nach der Schlußvertheilung muß der für diese Forderung ausgeworfene und nach dem § 155 Nr. 2 der Konk. O. zurückbehaltene Betrag für Rechnung des bedingt Berechtigten hinterlegt werden (§ 142 Abs. 2, § 156 der Konk. O. in Verbindung mit § 133 Abs. 2 des Entwurfes, der insoweit die Konk. O. modifizirt).

Wäre eine Vorschrift nicht aufgenommen, so könnten sich Zweifel erheben, wie sich die Uebertragung dieser Grundsätze auf die Abzugseinrede gestalte. Es läßt sich geltend machen, den Vorschriften der Konk. O. würde es entsprechen, daß der Erbe die aufschiebend bedingte Verbindlichkeit bei der Berechnung des Nachlasses zunächst außer Ansatz lasse, unbeschadet seines Rechtes, bei Erfüllung der Bedingung die Erhöhung des Abzuges zu verlangen. Aber es läßt sich auch aus der Konk. O. ableiten, der Erbe sei berechtigt, da der bedingt Berechtigte Sicherheitsleistung aus dem Nachlasse beanspruchen könne, den auf die bedingte Verbindlichkeit, welche zunächst wie eine unbedingte zu berücksichtigen sei, entfallenden Betrag zurückzubehalten; demgemäß müsse der Erbe befugt sein, gegenüber dem Gläubiger, gegen welchen er die Abzugseinrede geltend mache, die bedingte Verbindlichkeit voll in Ansatz zu bringen, vorbehaltlich des Rechtes des Gläubigers, wenn die aufschiebende Bedingung ausfalle, die Herabsetzung des Abzuges zu verlangen. Dahingestellt bleiben kann, ob nicht die letztere Auffassung schon an sich als zutreffender zu erachten ist. Jedenfalls trägt die dieser Auffassung entsprechende Regelung des Entwurfes der Lage des Erben in billiger Weise Rechnung. Es erscheint mehr gerechtfertigt, dem Erben das auf die bedingte Verbindlichkeit Entfallende zu belassen, als ihn der Gefahr auszusetzen, daß er an den einzelnen inzwischen vielleicht vermögenslos gewordenen Gläubigern sich nicht mehr erholen kann, wenn er demnächst im Falle der Erfüllung der Bedingung von dem bedingt Berechtigten in Anspruch genommen wird.

Ist hiernach eine Vorschrift in Ansehung der aufschiebend bedingten Verbindlichkeit erforderlich, so ist es rathsam, auch in Ansehung der auflösend bedingten Verbindlichkeit zu bestimmen, um Mißverständnisse zu vermeiden. Besteht eine solche auflösend bedingte Verpflichtung, so ist der Erbe nach den §§ 59, 155 Abs. 4, § 156 der Konk. O. berechtigt, diese Verpflichtung zunächst

voll in Ansatz zu bringen; jedoch bleibt den Gläubigern das Recht vorbehalten, im Falle der Erfüllung der Bedingung die Herabsetzung des Abzuges zu verlangen. Dieses Ergebniß dürfte als ein angemessenes zu bezeichnen sein.

Gewisse aufschiebend bedingte Verbindlichkeiten.

In Ansehung der Nachlaßverbindlichkeiten, bei welchen die aufschiebende Bedingung, unter welcher das Forderungsrecht eines Dritten steht, von der Art ist, daß die Möglichkeit der Erfüllung der Bedingung eine sehr entfernte ist, eine Vorschrift aufzunehmen dahin, daß die Möglichkeit einer künftigen Erfüllung der Bedingung unberücksichtigt bleibe, sofern die Nachlaßverbindlichkeit eine solche sei, daß das Recht des Dritten sich als ein gegenwärtiger Vermögensbestandtheil nicht wohl ansehen lasse, ist nicht für rathsam erachtet. Allerdings läßt sich dafür, außer den S. 661 angeführten Gründen, geltend machen, daß das Ergebniß des § 2138 dann als ein besonders unbefriedigendes erscheine, wenn der Erbe wegen einer Nachlaßverbindlichkeit von so zweifelhaftem Ergebnisse den Abzug machen könne und der Nachlaßgläubiger auf die nachträgliche Minderung des Abzuges vertröstet werde. Allein die Gründe, welche gegen die Aufnahme von Vorschriften für so überaus spezielle und seltene Fälle sprechen, sind auch hier in gleicher Weise wie bei den Nachlaßaktiven als entscheidend angesehen.

Zweifelhafte Nachlaßverbindlichkeiten.

II. Die Konk. O. giebt keine Auskunft, wie es zu halten sei, wenn eine zweifelhafte Nachlaßverbindlichkeit vorliegt, d. h. eine Verbindlichkeit, welche bestehen kann, die aber der Gemeinschuldner als bestehend nicht anerkennt. Dies erklärt sich, weil nach den Vorschriften der Konk. O. alle Gläubiger zu liquidiren gezwungen sind. Der § 62 der Konk. O. ist nicht anwendbar, weil derselbe das Bestehen der Forderung voraussetzt. Seine Anwendung würde auch ein nicht passendes Ergebniß liefern. Für diesen Fall wird bestimmt, der Erbe könne sich wegen der zweifelhaften Verbindlichkeit die nachträgliche Geltendmachung des Abzugsrechtes vorbehalten (Abs. 2). Wird über die Abzugseinrede erkannt, so hat der Erbe durch geeignete Anträge dafür zu sorgen, daß das ihm gewährte Recht im Urtheile vorbehalten werde. Die Vorschrift ergiebt, daß ein allgemeiner Vorbehalt nicht zulässig ist, sondern nur ein solcher, welcher auf spezielle Verbindlichkeiten sich bezieht.

In dem Falle, in welchem der Erbe das Bestehen einer Verbindlichkeit behauptet, die Verbindlichkeit also anerkennt, der sein Recht verfolgende Gläubiger aber, welchem die Abzugseinrede entgegengestellt wird, die Richtigkeit der Verbindlichkeit bestreitet, hat der Erbe das Bestehen der Verbindlichkeit zu beweisen. Enthielte der Entwurf die im zweiten Absatze gegebene Vorschrift nicht, so würde der Erbe eine solche von ihm selbst nicht anerkannte Verbindlichkeit bei der Berechnung des Abzuges nicht in Ansatz bringen können; er würde auch später nach erfolgter Zahlung oder ergangenem Urtheile nicht in der Lage sein, eine entsprechende Erhöhung des Abzuges deshalb zu verlangen, weil er im Prozeßwege gezwungen worden ist, die Verbindlichkeit verhältnißmäßig zu erfüllen. Dem Erben würde nur die Befugniß bleiben, auf Feststellung des Nichtbestehens der von einem Dritten behaupteten Verbindlichkeit gegen diesen zu klagen und die Aussetzung der Verhandlung in demjenigen Rechtsstreite, in welchem er die Abzugseinrede vorgebracht hat, auf Grund des Anhängigseins dieses Rechtsstreites oder, wenn der dritte Gläubiger den

Anspruch seinerseits bereits geltend gemacht hat, des letzteren Rechtsstreites nach dem § 139 der C. P. O. zu beantragen. Der Erbe würde damit um so mehr in eine ungünstige Lage gebracht, als nach dem § 139 a. a. O. ein Recht auf Aussetzung des Rechtsstreites nicht besteht, die Aussetzung vielmehr im Ermessen des Gerichtes steht. Die Anwendbarkeit des § 139 C. P. O. ist durch den § 2138 Abs. 2 selbstverständlich nicht ausgeschlossen.

Zu weit würde es führen, wenn dem Erben das Recht beigelegt würde, solche zweifelhafte Verbindlichkeiten bei der Berechnung des Abzuges zunächst in Ansatz zu bringen. Damit würde zwar der Erbe noch besser geschützt; allein es kann dem Gläubiger nicht angesonnen werden, Verbindlichkeiten sich in Rechnung stellen zu lassen, welche der Erbe selbst nicht anerkennt.

Ungewisser Umfang der Verbindlichkeit.

Der Entwurf enthält sich einer Entscheidung, ob die Vorschrift des zweiten Absatzes auch auf diejenigen Verbindlichkeiten sich erstreckt oder zu erstrecken ist, welche nicht dem Grunde nach, aber in Ansehung des Umfanges (Konk. O. § 62) ungewiß sind. Für die Erstreckung läßt sich geltend machen, der maßgebende Grund (die ratio) der Vorschrift sei in beiden Fällen der gleiche. Andererseits kann gegen die Erstreckung eingewendet werden, es sei nur ein Bedürfniß anzuerkennen, die Lücke auszufüllen, welche sich gegenüber der Konk. O. in Ansehung der Forderungen von zweifelhaftem Bestande ergebe, im Uebrigen müsse es bei den Vorschriften der Konk. O. sein Bewenden behalten. Die Entscheidung dieser Frage kann unbedenklich der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben.

Beweislast.

Ueber die Beweislast in Ansehung der Nachlaßverbindlichkeiten, welche für die Abzugseinrede in Betracht kommen, bedarf es einer Vorschrift ebensowenig, wie in Ansehung der Aktiva (vergl. S. 661, 662).

Daß Verbindlichkeiten, welche nicht auf einen Geldbetrag gerichtet sind, bei der Berechnung des Abzuges nach ihrem Schätzungswerthe in Ansatz zu bringen sind, schreibt der § 62 der Konk. O. vor. Eine besondere Vorschrift hierüber ist daher entbehrlich.

§ 2139.

3. Aufrechnung.

Für den Nachlaßkonkurs ist in Ansehung der Aufrechnung im § 2116 bestimmt. Der § 2116 enthält eine positive Vorschrift. Die Gründe, auf welchen derselbe beruht (vergl. S. 635, 636), treffen für den Fall nicht zu, daß es zum Nachlaßkonkurse nicht kommt. Wird die Abzugseinrede erhoben, so muß es bei demjenigen bewenden, was sich daraus ergiebt, daß der Nachlaßgläubiger die mit der Abzugseinrede behaftete Forderung zur Aufrechnung verwendet hat. Die Aufrechnung ist, wenn der Erbe sich auf das Inventarrecht beruft, nur insoweit zu berücksichtigen oder nur insoweit wirksam, als der aufrechnende Nachlaßgläubiger in Gemäßheit der Vorschriften über das Inventarrecht Befriedigung verlangen könnte. Dies muß besonders ausgesprochen werden, weil der Entwurf im Allgemeinen die Fiktion des Nachlaßkonkurses festhält, und zwar sowohl für den Fall, daß der aufrechnende Nachlaßgläubiger selbst der Gegner ist („und überhaupt nur insoweit wirksam"), als für

den Fall, daß es sich um die Berechnung des Abzuges gegenüber einem anderen Gläubiger handelt („nur insoweit zu berücksichtigen"). Rechnet der Erbe eine Nachlaßforderung gegen eine persönliche Schuld auf oder rechnet ein Nachlaßschuldner mit einer persönlichen Forderung gegen den Erben auf, so bedarf es, wie bei dem Nachlaßkonkurse, besonderer Vorschriften nicht (vergl. S. 635).

Der § 2139 bezieht sich wie der § 2138 auf die Feststellung der Passivmasse im Allgemeinen. Dies erhellt aus der Fassung und Stellung. Aber die Vorschrift des § 2139 hat noch eine größere Tragweite; sie giebt dem Erben das Recht, den Nachlaßgläubiger, welcher aufgerechnet hat und deshalb von dem Erben Befriedigung nicht verlangt, auf Erfüllung der Verbindlichkeit in Anspruch zu nehmen, soweit die Aufrechnung mit dem Inventarrechte sich nicht verträgt.

Zurückforderung auf Grund der Abzugseinrede.

In Ansehung der Unzulässigkeit der Zurückforderung des Geleisteten seitens des Erben aus dem Grunde, weil der Forderung des Gläubigers die Abzugseinrede entgegengestanden hat, ist auch mit Rücksicht auf die Einredenatur der Abzugseinrede eine Vorschrift nicht erforderlich.

Nach den allgemeinen Grundsätzen (vergl. § 737 Abs. 2) steht, wenn von den auszuscheidenden Fällen des Vertrages und des Urtheiles abgesehen wird, dem Erben der Bereicherungsanspruch wegen Leistung einer Nichtschuld sowohl dann zu, wenn er in Unkenntniß der Unzulänglichkeit des Nachlasses einen Nachlaßgläubiger voll befriedigt hat, als auch dann, wenn er zwar das Abzugsrecht geltend gemacht, aber, weil er den Bestand des Nachlasses irrthümlich zu hoch annahm, zu viel geleistet hat. Diese Folge auszuschließen, besteht kein hinreichender Anlaß. Insbesondere kann nicht anerkannt werden, daß die Zulassung des Anspruches in solchen Fällen mit dem Zwecke des Inventarrechtes im Widerspruche stehe. Freilich kann es einen Nachlaßgläubiger unter Umständen hart treffen, wenn er das ihm auf seine Forderung Geleistete nach vielleicht langer Zeit ganz oder zum Theil wieder zurückerstatten muß, und daß er, wenn er den Anspruch nicht für begründet erachtet, in die Lage kommt, dem Erben nachweisen zu müssen, derselbe habe bereits zur Zeit der Leistung von der Unzulänglichkeit des Nachlasses oder von der Höhe des Nachlaßbestandes, welcher bei Erhebung des Anspruches zu Grunde gelegt ist, Kenntniß gehabt. Diese Unzuträglichkeiten stellen sich indessen bei jedem gegen einen gutgläubigen Empfänger erhobenen Bereicherungsanspruche wegen Leistung einer Nichtschuld in größerem oder geringerem Umfange heraus. Hier kommt nun zwar außerdem in Betracht, daß der Nachlaßgläubiger behindert war, weil er zunächst befriedigt wurde, sein Interesse dadurch zu wahren, daß er alsbald dem Erben eine Inventarfrist setzen ließ oder seinen Anspruch im Wege der Klage verfolgte. Allein eine wirkliche Schädigung wird der Nachlaßgläubiger nur in äußerst seltenen Fällen erleiden. Andererseits wäre es unbillig gegenüber dem Erben, ihm mit Rücksicht auf die mögliche Schädigung des Gläubigers jede Möglichkeit abzuschneiden, dasjenige zurückzufordern, was er

zu zahlen nicht verpflichtet war. Ein Verzicht auf die Abzugseinrede kann in der vorbehaltlosen Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit seitens des Erben nicht gefunden werden.

Definitive Feststellung durch das Urtheil.

Die Frage, ob zu bestimmen sei, durch das in dem Rechtsstreite, in welchem die Abzugseinrede geltend gemacht ist, ergangene Urtheil werde das Rechtsverhältniß in Ansehung dieser Verbindlichkeit unter den Parteien in der Art endgültig festgestellt, daß das Inventarrecht, soweit es in dem Urtheile Berücksichtigung nicht gefunden habe, erlösche, soweit aber die Einrede für begründet erachtet sei, bleibe ein späterer Wegfall derselben in Folge späterer Aenderung des Aktiv- oder Passivbestandes des Nachlasses unberücksichtigt, ist zu verneinen. Nach dem § 2135 entscheidet lediglich der Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung der Abzugseinrede. Zudem lassen die Prozeßgrundsätze keinen Zweifel, daß Thatsachen, welche der Zeit vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, angehören, Berücksichtigung nicht mehr finden können.

Persönliche Haftung des Erben.

Darüber kann ein Zweifel nicht wohl bestehen, daß der Erbe für den durch das Urtheil festgestellten Betrag persönlich haftet.

§ 2140.

1. Prozessuale Geltendmachung. Sofortige Begründung der Einrede.

Die §§ 2140, 2141 befassen sich mit der prozessualen Geltendmachung der Abzugseinrede, im Gegensatze zu der im § 2143 geregelten materiellen Einrede wegen Einstellung der Zwangsvollstreckung. Der § 695 der C. P. O. setzt die Zulässigkeit des Antrages auf Vorbehalt der Abzugseinrede mehr voraus, als daß er sie ausspricht. Demgemäß bestimmt der § 2140, der Erbe könne verlangen, daß das Inventarrecht oder die Abzugseinrede im Urtheile ihm vorbehalten werde. Die Vorschrift ergiebt zugleich, daß der Erbe befugt ist, schon im Hauptprozesse die Abzugseinrede zu begründen und Entscheidung darüber in dem im Hauptprozesse ergehenden Urtheile zu verlangen. Der Nachlaßgläubiger muß sich dies gefallen lassen, obschon dadurch seine Lage eine einigermaßen ungünstigere wird. Indessen ist zu berücksichtigen, daß die Zulassung der sofortigen Begründung der Einrede den allgemeinen Grundsätzen entspricht und einen zweiten Prozeß entbehrlich macht[1]).

Bedeutung des Vorbehaltes.

Ist das Inventarrecht oder die Einrede vorbehalten, so kann der Erbe die Einrede in einem Nachprozesse geltend machen (vergl. §§ 686 ff. der C. P. O.), auch wenn der Nachlaßgläubiger seine Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung nicht betreibt (vergl. auch § 2141).

Nach dem Entwurfe ist jeder Erbe kraft des Gesetzes Inventarerbe. Das Inventarrecht kann von ihm nur durch einen besonderen Umstand verloren werden. Die Nichteinreichung des Inventares im Besonderen führt nicht zum Verluste des Inventarrechtes, es sei denn die auf Betreiben eines Gläubigers von dem Nachlaßgerichte nach den §§ 2095 ff. bestimmte Inventarfrist versäumt. Regelmäßig ist also ein Weiteres zur Begründung des den Vorbehalt

[1]) Vergl. Seuffert's Arch. 43 Nr. 33 (München).

bezielenden Antrages nicht darzuthun. Auch zur Begründung der Abzugseinrede ist nicht erforderlich, daß der Erbe die erfolgte Errichtung des Inventares nachweise (vergl. S. 657).

Eine besondere Vorschrift dahin, daß die Abzugseinrede, wenn zur Zeit des Rechtsstreites über eine Nachlaßverbindlichkeit das Inventar bereits errichtet ist, von dem Erben in diesem Rechtsstreite geltend zu machen sei, ist nicht erforderlich. Für die Aufnahme einer solchen Vorschrift läßt sich anführen, daß regelmäßig Einwendungen, um Berücksichtigung zu finden, in der Verhandlung geltend gemacht werden müssen, wenn sie auf Thatsachen sich stützen, welche der Zeit vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, angehören. Indessen hat bereits die C. P. O. im § 695 vorgesehen, daß die Geltendmachung der Abzugseinrede mit Rücksicht auf deren eigenartige Natur und die unter Umständen schwierige Begründung dieser Einrede in dem über die Forderung des Nachlaßgläubigers ergehenden Urtheile vorbehalten werden kann, ohne Unterschied, ob ein Inventar zur Zeit dieses Rechtsstreites seitens des Erben bereits errichtet ist oder nicht. Dabei muß es um so mehr sein Bewenden behalten, als jedenfalls der Erbe in allen denjenigen Fällen zur Begründung der Einrede im Hauptprozesse nicht genöthigt werden kann, in welchen er es für angemessen erachtet hat, zur Ermittelung etwaiger nicht bekannter Verbindlichkeiten zunächst die Einleitung des Aufgebotsverfahrens zu beantragen.

§ 2141.

Erledigung der vorbehaltenen Einrede.

Die Erledigung der Einrede soll, falls über die Einrede nicht bereits in dem Urtheile entschieden ist, nach den Vorschriften der §§ 686, 688, 689 der C. P. O. erfolgen. Die Erwähnung der Ausnahme, daß über die Abzugseinrede bereits in dem Urtheile, welches in dem zwischen dem Nachlaßgläubiger und dem Erben über die Nachlaßverbindlichkeit anhängig gewordenen Rechtsstreite erlassen ist, entschieden wurde, verdeutlicht, welche Fälle in Betracht kommen, obschon diese Ausnahme vielleicht selbstverständlich ist.

Getroffen wird durch die Vorschrift außer dem Falle, daß der vollstreckbare Titel ein anderer ist als ein Urtheil (§§ 702 ff. der C. P. O.), auch der Fall, daß der Erblasser bereits verurtheilt war. In diesem Falle kann die Zwangsvollstreckung gegen den Erben nach den §§ 693, 696 der C. P. O. so betrieben werden, wie wenn er unbeschränkt verurtheilt wäre, bis der Erbe sich auf das Inventarrecht beruft. Diese Berufung auf den Vorbehalt muß, entsprechend nicht allein dem § 696 Abs. 3 der C. P. O., sondern auch dem Wesen des Rechtsbehelfes des Inventarrechtes als einer Einrede, somit entsprechend dem § 686 der C. P. O., im Wege der von dem Erben zu erhebenden Klage erfolgen. Wegen Einstellung der Zwangsvollstreckung oder, wenn Vollstreckungsmaßregeln bereits ausgeführt sind, wegen Aufhebung dieser Maßregeln gelten alsdann die §§ 688, 689, sodaß die Entscheidung hierüber dem von dem Erben anzugehenden Prozeßgerichte zusteht.

Es kann näherliegend erscheinen, dem Erben das Recht beizulegen, mit Erhebung der Klage, in welcher die Abzugseinrede geltend gemacht wird, die einst-

weilige Einstellung der Zwangsvollstreckung sowie die Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln in Ansehung des von der Abzugseinrede betroffenen Betrages der Forderung des Gläubigers ohne Weiteres zu verlangen. Allein damit würde vorwiegend das Interesse des Erben berücksichtigt werden. Die Lage des Gläubigers verdient jedoch gleichfalls Berücksichtigung. Würde dem Erben ein unbedingtes Recht auf Einstellung der Zwangsvollstreckung und sogar auf vorbehaltlose Aufhebung der erfolgten Vollstreckungsmaßregeln eingeräumt, so wäre zu befürchten, daß mit dem Rechte Mißbrauch getrieben werde. Der Erbe würde alsdann in den Stand gesetzt sein, durch Erhebung einer unbegründeten Abzugsklage die Zwangsvollstreckung, vielleicht zum großen Nachtheile des Gläubigers, auf lange Zeit unmöglich zu machen. Einem solchen Mißbrauche wird vorgebeugt, indem, dem § 688 der C. P. O. gemäß, die Einstellung der Zwangsvollstreckung in das von der gewissenhaften Würdigung des Falles geleitete Ermessen des Prozeßgerichtes gestellt wird. Das Interesse des Erben wird dadurch nicht gefährdet. Allerdings liegt die Besorgniß nicht fern, eine solche Gefährdung könne insofern eintreten, als nach dem § 688 Abs. 1 C. P. O. erforderlich sei, daß der Erbe die zur Begründung des Antrages auf Einstellung der Zwangsvollstreckung erforderlichen Thatsachen glaubhaft mache, und als der Erbe häufig nicht im Stande sein werde, die Thatsachen glaubhaft zu machen. Allein das „glaubhaft machen" im Sinne der C. P. O. ist nicht zu verwechseln mit dem „bescheinigen" im Sinne des früher geltenden Rechtes. Eine vernünftige Rechtsanwendung kann diesen Unterschied nicht verkennen, und wird nicht übersehen, daß nicht beabsichtigt sein kann, Anforderungen an den Erben zu stellen, welche dieser nach Lage der Dinge nie zu erfüllen vermag. Ueberdies steht dem Erben das Auskunftsmittel zu Gebote, den Nachlaßkonkurs eröffnen zu lassen. Hat der Erbe die Einleitung des Aufgebotsverfahrens beantragt, so kann er die Einstellung der Zwangsvollstreckung schon in Gemäßheit des § 2130 Abs. 1 herbeiführen.

Hiernach kann es auf sich beruhen, ob die Regelung dieses Falles im Entwurfe schon deshalb ausgeschlossen ist, weil derselbe bereits in der C. P. O. geregelt sei. Dafür ließe sich geltend machen, der § 696 Abs. 2 der C. P. O. habe bei seiner Verweisung auf das bürgerliche Recht nur diejenigen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes im Auge, welche dem Erben lediglich auf Grund des Inventarrechtes und ohne Rücksicht auf die Erhebung der Abzugseinrede das Recht gewährten, daß die Zwangsvollstreckung einzustellen sei, während, wenn die Abzugseinrede erhoben werde, die Geltendmachung dieser Einrede als einer Einwendung, welche den Anspruch selbst betreffe, schon an sich unter die Vorschriften der §§ 686, 688, 689 der C. P. O. falle.

§ 2142.

Verfahren in Ansehung des Offenbarungseides.

Der Zweck der Vorschriften des § 2142 ist es, die Erledigung des Antrages des Gläubigers auf Leistung des Offenbarungseides seitens des Erben in einer einfachen, den Vorschriften der C. P. O. nicht widersprechenden Weise zu ermöglichen.

Dem Nachlaßgläubiger schon vor der Klagerhebung, sofern nur der Erbe außergerichtlich die unverkürzte Befriedigung des Gläubigers verweigert, das Recht zu geben, über die zum Nachlasse gehörenden Gegenstände und deren Verbleib von dem Erben Auskunft zu verlangen, wäre nicht gerechtfertigt. Solange der Erbe den Nachlaßkonkurs nicht beantragt oder die Abzugseinrede nicht vorgeschützt hat, haftet er persönlich in vollem Umfange. Wie auch ein anderer Schuldner nicht lediglich deshalb, weil er sich weigert, einen Gläubiger voll zu befriedigen, genöthigt wird, dem Gläubiger sein Vermögen offen zu legen, so kann dem Erben eine solche Verpflichtung in Ansehung des Nachlasses nicht auferlegt werden, während er zunächst voll haftet. Ein dringendes Interesse des Gläubigers an einer solchen Auskunft und der nach dem § 777 sich anschließenden Verbindlichkeit, den Offenbarungseid zu leisten, kann nicht anerkannt werden. Der Gläubiger ist schon ohnedies in der Lage, sich eine Einsicht in den Stand des Nachlasses zu verschaffen, indem er in Gemäßheit des § 2095 dem Erben eine Inventarfrist setzen läßt. Außerdem vermag er den Erben zur Rechnungslegung und zur Leistung des Offenbarungseides anzuhalten, indem er entweder, wenn die Umstände des Falles es zulassen, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses herbeiführt oder seine Forderung im Wege der Klage verfolgt und dem Erben damit Gelegenheit bietet, die Abzugseinrede zu erheben. Würde dem Gläubiger das bezeichnete Recht schon dann, wenn der Erbe nur die unverkürzte Befriedigung des Gläubigers verweigert, gewährt, so würde ihm damit, dem Erfolge nach, die Möglichkeit eröffnet, ein prozessuales Vertheidigungsmittel, welches ihm zusteht, um die Unerheblichkeit der Abzugseinrede darzuthun, vorweg zur Geltung und zur Entscheidung zu bringen.

Ist dagegen die Abzugseinrede geltend gemacht, so muß das Gesetz eingreifen. Denn, in Ermangelung einer besonderen Vorschrift würde der Nachlaßgläubiger, sobald seiner Klage die Abzugseinrede entgegengesetzt wird, genöthigt sein, die Pflicht des Erben zur Leistung des Offenbarungseides in einem besonderen Prozesse geltend zu machen, falls er die zur Begründung der Einrede über den Nachlaß vorgebrachten Angaben in Ansehung des Bestandes des Nachlasses nicht für erschöpfend erachtet. Dieser Prozeß kann vor ein anderes Gericht gehören, und dessen Einleitung schließt noch nicht in sich, daß der Rechtsstreit, in welchem die Abzugseinrede erhoben wurde, einstweilen einzustellen ist. Rücksichten der Billigkeit machen es erforderlich, dem Gläubiger die Geltendmachung seiner Rechte zu erleichtern. Dies geschieht in angemessener Weise und ohne daß dadurch dem Erben zu nahe getreten wird, indem das Gericht, bei welchem der Rechtsstreit über die Abzugseinrede geführt wird, ermächtigt wird, auf Antrag des Gläubigers die Leistung des Offenbarungseides durch Beschluß anzuordnen. Auf das Verfahren werden die §§ 320—335, 430, 495 der C. P. O. für anwendbar erklärt; es sind dies die für den Schiedseid geltenden Vorschriften. Wird über die Fassung der Eidesnorm gestritten und lehnt in Folge dessen der Erbe die Eidesleistung ab, so ist im Urtheile darüber zu entscheiden, ob die Weigerung begründet gewesen sei, oder ob der Eid als verweigert zu gelten habe. Der Beschluß, durch welchen die Leistung des Eides angeordnet und dessen Norm bestimmt ist, kann eine Zwischenentscheidung enthalten, welche mit den gegen das Endurtheil zulässigen

Rechtsmitteln anfechtbar ist. Als die Folge der unbegründeten Verweigerung der Eidesleistung wird im Schlußsatze bestimmt, daß die Abzugseinrede als unbegründet zu verwerfen ist. Diese Vorschrift erscheint nicht entbehrlich. Den Gläubiger auf die Geltendmachung seines Interesses zu verweisen, wäre mißlich. Das Interesse läßt sich schwer bestimmen. Wenngleich dem Ermessen des Gerichtes in dieser Hinsicht durch den § 260 der C. P. O. ein weiter Spielraum eingeräumt ist, so würde damit dem Gläubiger doch nicht in allen Fällen geholfen sein. Freilich wird vielleicht nur über das Vorhandensein weniger und geringfügiger Gegenstände, deren Werth in keinem Verhältnisse zu dem Betrage der Abzugseinrede steht, gestritten; die Verwerfung der Einrede kann in einem solchen Falle für den Erben eine Härte sein, ganz besonders, wenn die Ableistung des Eides nur aus einer gewissen Unbehülflichkeit oder wegen einer Zartheit des Gewissens verweigert wird. Allein diese Bedenken können nicht für entscheidend erachtet werden. Verpflichtet das Gesetz den Inventarerben im Falle der Geltendmachung eines Abzuges zur Leistung des Offenbarungseides, so muß der Erbe dieser Verpflichtung genügen, um die Vortheile des Inventarrechtes zu erlangen.

Folge der unbegründeten Verweigerung des Eides.

Von einer besonderen Vorschrift dahin, daß die Ableistung des Eides den Beweis des Gegentheiles der beschworenen Thatsache nicht ausschließe, ist abzusehen, weil es sich in dieser Beziehung um eine allgemeinere Frage handelt, welche nicht für den vorliegenden einzelnen Fall im Gesetze entschieden werden kann. Eine besondere Entscheidung ist auch nicht erforderlich; die allgemeinen Grundsätze genügen.

Zulassung des Gegenbeweises.

Die wiederholte Ableistung des Eides auszuschließen (vergl. Entsch. d. R. G. Bd. 16 S. 220), geht nicht wohl an mit Rücksicht darauf, daß nach dem § 2135 in Verbindung mit dem § 2133 Abs. 2 verschiedene Zeitpunkte in Ansehung des Bestandes des Nachlasses für die einzelnen Rechtsstreitigkeiten in Betracht kommen können.

Wiederholte Eidesleistung.

Im Anschlusse an den Schlußsatz zu bestimmen, daß, wenn der nach dem § 115 Konk. O. zur Leistung des Offenbarungseides ordnungsmäßig geladene Erbe den Eid ohne genügenden Grund vor Beendigung des Konkursverfahrens nicht leiste, das Inventarrecht erlösche, würde nicht angemessen sein. Für eine Vorschrift dieses Inhaltes läßt sich geltend machen, daß eine gewisse Rechtsunebenheit darin gefunden werden kann, wenn an die Nichtleistung des Offenbarungseides im Nachlaßkonkurse nicht ähnliche Folgen geknüpft werden wie an die Nichtleistung des Eides, falls dieser Eid von einem einzelnen Gläubiger gefordert wird. Allein die Verhältnisse liegen nicht in beiden Fällen gleich, sodaß eine verschiedene Behandlung derselben nicht auffallen kann. Dem Nachlaßgläubiger muß das Gesetz zu Hülfe kommen, weil das ihm eingeräumte Recht bei der für ihn obwaltenden Schwierigkeit, sein Interesse im Falle der Nichtleistung des Eides darzuthun, ohne die angeknüpfte Folge praktisch nur von geringer Bedeutung sein würde. Im Nachlaßkonkurse steht hingegen den Gläubigern (abgesehen davon, ob der Erbe, welcher Nachlaßgegenstände verheimlicht, nicht der Strafbestimmung des § 209 der Konk. O. unterliegt), in dem Konkursverwalter ein Organ zu Gebote, welches, unterstützt durch die Zwangsgewalt des Konkursgerichtes, das Interesse der Gläubiger an der Er-

Verweigerte Eidesleistung im Konkurse.

mittelung des Nachlaßbestandes hinreichend zu wahren vermag. Außerdem kann der Verlust des wichtigen Inventarrechtes nicht wohl an so unbestimmte Voraussetzungen geknüpft werden, wie solche in Frage stehen. Sollte dem Gedanken Rechnung getragen werden, so müßte ein besonderes, mit einem Urtheile abschließendes Verfahren angeordnet werden, in welchem darüber zu verhandeln und zu entscheiden sein würde, ob der Erbe den Eid „ohne genügenden Grund" nicht geleistet habe. Endlich würde eine solche Vorschrift nicht mit dem § 2095 Abs. 2 zu vereinigen sein. Kann dem Erben nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Errichtung eines Inventares mit der Rechtsfolge des Verlustes des Inventarrechtes nicht mehr aufgegeben werden, so läßt sich eine derartige Rechtsfolge nicht wohl an die Nichtleistung des Offenbarungseides knüpfen.

§ 2143.

5. Einstellung der Zwangsvollstreckung.

Während der § 2141 die Errichtung des Inventares voraussetzt, befaßt sich der § 2143 mit der Einstellung der Zwangsvollstreckung in dem Falle, daß das Inventar noch nicht errichtet ist. Für diesen Fall genügen die Vorschriften des § 2141 insofern nicht, als der Erbe nicht im Stande ist, die Abzugseinrede zu begründen, solange er über den Bestand des Nachlasses sich nicht hat unterrichten können. Der Erbe würde in einem solchen Falle zur Einstellung der Zwangsvollstreckung nicht zu gelangen vermögen. Er könnte dadurch schwer benachtheiligt werden. In der Regel wird zwar der Erbe schon während der Ueberlegungsfrist, während welcher ihn der § 2057 schützt, in der Lage sein, Einsicht zu nehmen, wie es mit dem Nachlasse steht, und über die zu ergreifenden Maßregeln ein Urtheil sich zu bilden. Die Verhältnisse können aber auch so liegen, daß diese Frist nicht ausreicht, um die nöthige Klarheit zu gewinnen. Ist ein Nachlaßpfleger bestellt, so würde in Ermangelung einer besonderen Vorschrift gegen diesen nach dem § 2062 mit der Zwangsvollstreckung ohne Weiteres vorgegangen werden können. Besonders zu berücksichtigen ist aber der Fall, daß der Erblasser bereits verurtheilt war und unmittelbar nach dessen Tode die Zwangsvollstreckung betrieben oder fortgesetzt wird, ferner, wenn ein schnelles Verfahren gegen den Erben, wie z. B. bei dem Wechselprozesse, Platz greift. Gegen eine Benachtheiligung in solchen Fällen soll der Erbe hier geschützt werden. Der Nachlaßgläubiger wird deshalb nicht gefährdet, weil er es in der Hand hat, die Errichtung des Inventares zu betreiben, indem er in Gemäßheit des § 2095 die Bestimmung einer Inventarfrist erwirkt, mit deren fruchtlosem Ablaufe das Inventarrecht erlischt.

Eine genügende Abhülfe kann nicht darin gefunden werden, daß der Erbe das Aufgebot der Nachlaßgläubiger und gleichzeitig die Errichtung des Inventares durch die Behörde zu beantragen (§ 2103) und auf diesem Wege zur Hemmung der Zwangsvollstreckung zu gelangen vermag (§ 2130). Den Erben auf diesen Weg zu verweisen, wäre deshalb nicht angemessen, weil das Aufgebotsverfahren erhebliche Kosten verursacht und unter Umständen völlig zwecklos ist, z. B. wenn in Ansehung der Nachlaßverbindlichkeiten Zweifel gar nicht obwalten und nur der Aktivbestand des Nachlasses dunkel oder unklar ist. Damit

würde ferner das Aufgebotsverfahren einem Zwecke dienstbar gemacht, welcher diesem Verfahren fern liegt. Noch weniger kann darin eine genügende Abhülfe gefunden werden, daß der Erbe den Nachlaßkonkurs zu beantragen vermag. Der Nachlaßkonkurs verursacht noch größere Kosten und Weiterungen. Ist der Nachlaß zulänglich, so würde der Nachlaßkonkurs gar nicht am Platze sein. Ueberdies liegt der Konkurs vielleicht weder im Interesse des Erben noch im Interesse des Gläubigers. Den Erben dazu zu drängen, daß er zur Sicherung seines eigenen Vermögens den Konkurs beantragt, wäre nicht angemessen.

Zeitliche Beschränkung der Befugniß.

Andererseits würde es zu weit gehen, wenn dem Erben gestattet würde, die Einstellung der Zwangsvollstreckung schlechthin bis zur Errichtung des Inventares oder bis zum Erlöschen des Inventarrechtes zu verlangen. Die Inventarfrist des Entwurfes ist nicht eine gesetzliche; für Bemessung dieser Frist sind besondere Gesichtspunkte maßgebend; die Berücksichtigung der Lage der Gläubiger ist ausgeschlossen. Deshalb fügt der zweite Absatz eine zeitliche Beschränkung der im ersten Absatze dem Erben beigelegten Befugniß bei. Diese Schranke wird genügen, einer übermäßigen Behinderung der Gläubiger in der Geltendmachung ihrer Rechte vorzubeugen. Die Dauer der Frist auf länger als drei Monate zu bestimmen, besteht kein Bedürfniß.

Gleiche Begünstigung des Nachlaßpflegers.

Der Zusatz „oder seit der Bestellung eines Nachlaßpflegers" verdeutlicht, daß die gleiche Begünstigung wie dem Erben auch dem Nachlaßpfleger, und zwar aus denselben Gründen, gewährt ist. Auch dieser bedarf unter Umständen einiger Zeit, um klarzustellen, ob er der Zwangsvollstreckung zu widersprechen hat. Zugleich ist eine nähere Bestimmung erforderlich, von wann ab gegenüber einem Nachlaßpfleger die Frist zu laufen beginnt.

In Ansehung des Arrestes und der Wiederaufhebung von Maßregeln der Zwangsvollstreckung enthält der § 2143 eine Vorschrift nicht, und zwar aus denselben Gründen, aus welchen im § 2130 von der Gleichstellung des Arrestes mit der Zwangsvollstreckung abgesehen ist (vergl. S. 653).

Ausnahme für gewisse Zwangsvollstreckungen.

Der dritte Absatz bestimmt eine Ausnahme in Ansehung einer Zwangsvollstreckung, deren Einstellung im Falle des Aufgebotes der Nachlaßgläubiger nicht verlangt werden kann (vergl. § 2130). Die Zwangsvollstreckung ist nur in dem Maße zu beschränken, daß einer späteren konkursmäßigen Vertheilung des Nachlasses nicht vorgegriffen wird. Dieser Gesichtspunkt liegt auch dem § 2130 zu Grunde. Es ist deshalb erforderlich und angemessen, das Recht auf Einstellung der Zwangsvollstreckung, ebenso wie dort, gegenüber solchen Forderungen auszuschließen, welchen gegenüber die Einstellung im Aufgebotsverfahren nicht verlangt werden kann.

§ 2144.

6. Einfluß des Urtheiles auf die Befugniß, die Konkurseröffnung zu beantragen.

Indem ausgesprochen wird, daß auch das rechtskräftige Erkenntniß über die Abzugseinrede eine Aenderung in Ansehung der Befugniß, Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen, nicht herbeiführt, wird hinreichend erkennbar, daß noch weniger das bloße Geltendmachen der Abzugseinrede diese Befugniß berührt.

Die Vorschrift aufzunehmen, erscheint angemessen, um dem Mißverständnisse entgegenzutreten, als gewähre der Umstand, daß die Abzugseinrede geltend gemacht oder daß darüber rechtskräftig erkannt ist, dem Erben die Möglichkeit, die Herbeiführung des Nachlaßkonkurses seitens des Nachlaßgläubigers zu hindern.

Für den Fall, daß der Erbe die Abzugseinrede erhebt, dem Gläubiger die Befugniß beizulegen, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen, ohne daß er die Ueberschuldung glaubhaft macht (Konk. O. § 203), wäre nicht rathsam. Der Regel nach wird das Konkursgericht in der von dem Gläubiger beigebrachten Erklärung des Schuldners, daß der Nachlaß nur zu einer verhältnißmäßigen Befriedigung der Gläubiger hinreiche, schon an sich die Ueberschuldung des Nachlasses glaubhaft gemacht finden.

§ 2145.

7. Nachlaßkonkurs nach Feststellung des Abzuges.

Daß das über die Abzugseinrede ergangene rechtskräftige Urtheil die Höhe des Abzuges unter den Parteien endgültig regelt, und daß der Erbe für den durch das Urtheil unter Berücksichtigung der Abzugseinrede festgestellten Betrag der Forderung des Nachlaßgläubigers auch mit seinem eigenen Vermögen haftet, ist selbstverständlich (vergl. zum § 2139 S. 667). Dagegen erhebt sich der Zweifel, ob das Urtheil diese Wirkung behalten solle, wenn es nachträglich zum Nachlaßkonkurse kommt.

Dafür, daß in einem solchen Falle dem Urtheile die Wirkung abzusprechen sei, läßt sich geltend machen, es werde mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses die Fiktion hinfällig, auf welcher die Abzugseinrede beruhe. Ferner spricht dafür, daß sich die Auffassung vertreten läßt, der Erbe lasse sich, dem Zwecke der Abzugseinrede zufolge, auf die eigene Vertheilung des Nachlasses nach dessen Werthe unter die Gläubiger nur unter der Voraussetzung ein, daß der Nachlaßkonkurs vermieden werde und daß die Nachlaßgegenstände ihm belassen werden; nur unter dieser Voraussetzung werde ein Urtheil über die Abzugseinrede von ihm erstrebt und ergehe das Urtheil; diese Voraussetzung entfalle aber mit der Eröffnung des Nachlaßkonkurses.

Allein diese Gründe können nicht maßgebend sein. Mag es auch richtig sein, daß der Erbe, indem er die Liquidirung des Nachlasses übernimmt, von der bezeichneten Voraussetzung in der Regel ausgeht, so ist daraus doch nicht herzuleiten, daß, wenn die Voraussetzung sich später nicht bewahrheitet, nunmehr alle Maßnahmen, welche der Erbe zum Zwecke der Liquidirung getroffen hat, mit rückwirkender Kraft hinfällig werden müssen. Folgerichtig müßten sonst auch die gleichen Folgen in Ansehung der seitens des Erben freiwillig geleisteten Zahlungen und der von ihm getroffenen Vereinbarungen eintreten. Würde aber in solcher Weise nur in Ansehung des ergangenen Urtheiles bestimmt, so ließe sich diese Regelung mit den Grundsätzen über die Rechtskraft, sowie mit den sonstigen Vorschriften des Entwurfes nur schwer in Einklang bringen. Dem Urtheile würde eine aus dessen Tenor nicht zu entnehmende Bedeutung beigelegt. Wichtiger noch ist, daß es gegen die

Natur und das Wesen des Urtheiles verstoßen würde, wenn durch eine solche Regelung in das Belieben des Erben gestellt würde, dem Urtheile seine Wirkung zu entziehen. Denn der Erbe, welcher sich durch das Urtheil benachtheiligt glaubt, könnte die Folgen des Urtheiles abwenden, indem er die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragt. Ueberdies würde dadurch der Grundsatz des § 2135, nach welchem für die Feststellung der Höhe des Abzuges der Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung der Einrede maßgebend ist, zu einem großen Theile seine Bedeutung verlieren. Hat sich der Nachlaß nachträglich vermindert, so würde der Erbe nicht Anstand nehmen, die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen.

Es muß also dabei bewenden, daß das Urtheil nur zwischen dem Erben und dem Gläubiger wirkt. Aber auch in der Art, daß der Gläubiger von dem Nachlaßkonkurse ausgeschlossen wird und der Erbe an Stelle des Gläubigers im Nachlaßkonkurse zu liquidiren hat, kann nicht geregelt werden. Denn dadurch würde der Gläubiger in allen den Fällen gefährdet, in welchen der Erbe für seine Person vermögenslos ist.

Den Vorzug verdient es vielmehr, den Gläubiger im Nachlaßkonkurse voll liquidiren zu lassen mit der Maßgabe, daß der Gläubiger nicht mehr erhält, als den Betrag der durch den Abzug ermäßigten Forderung; den Mehrbetrag erhält der Erbe. Der Erbe hat hiernach den Vortheil, falls im Konkurse für den Gläubiger ein größerer Betrag sich ergiebt, aber er hat auch den Schaden zu tragen, falls der Gläubiger im Konkurse weniger erhalten würde.

Fortdauer der vollen Haftung des Erben.

Daß die volle Haftung des Erben für den durch das Urtheil festgestellten Betrag fortdauert (Satz 2 erster Halbsatz), kann für selbstverständlich erachtet werden. Die Aufnahme der Vorschrift dient jedoch zur Erleichterung des Verständnisses und zur Verhütung des Mißverständnisses, der Gläubiger könne den Erben während der Dauer des Nachlaßkonkurses nicht und später nur wegen desjenigen in Anspruch nehmen, was er im Konkurse weniger erhielt. In Rücksicht auf diese Haftung des Erben ist es rathsam, die Nichtanwendbarkeit des § 2110 Abs. 1 auszusprechen (Satz 2 zweiter Halbsatz). Dadurch wird zugleich klargestellt, daß der Gläubiger abgesonderte Befriedigung aus der Konkursmasse beanspruchen kann, wenn er auf Grund des Urtheiles vor der Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß eine Maßregel der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung gegen den Nachlaß erwirkt hat. Das von dem Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung erlangte Recht kann nicht wohl anders behandelt werden, als das von dem Erben selbst eingeräumte Recht (§ 2111). Wie das letztere, so muß auch das erstere in Kraft bleiben, unbeschadet der Verantwortlichkeit des Erben gegenüber der Konkursmasse.

Feststellung des Abzuges durch Vertrag.

Der Fall, daß der dem Nachlaßgläubiger auf Grund der Abzugseinrede zu machende Abzug durch Vertrag zwischen dem Erben und dem Gläubiger festgestellt ist, kommt hier nicht in Betracht. Die vertragsmäßige Ordnung des Verhältnisses ist auch sonst von dem Entwurfe nicht besonders berücksichtigt. Im Allgemeinen ist es aber auch eine thatsächliche Frage, welche Tragweite einem derartigen Vertrage innewohnt. Der Regel nach trägt ein solcher Ver-

trag den Karakter eines Vergleiches an sich und wird, wenn dies zutrifft, das Gleiche zu gelten haben wie bei der Feststellung durch Urtheil. Es ist jedoch auch möglich, der Vertrag sei nur für den Fall geschlossen, daß es nicht zum Nachlaßkonkurse komme, oder es solle, wenn es zum Nachlaßkonkurse kommen sollte, der Gläubiger als Konkursgläubiger ausscheiden und der Erbe an dessen Stelle treten. Im einzelnen Falle bleibt zu prüfen, welcher Art der geschlossene Vertrag ist.

Liquidation im Nachlaßkonkurse.

In Ansehung der Befugniß des Erben, die Forderung im Nachlaßkonkurse geltend zu machen, falls der Gläubiger seinerseits die Liquidation unterläßt oder zurücknimmt, bestimmt der § 2115 Abs. 2.

Die Frage, ob ein Nachlaßgläubiger, welcher ein rechtskräftiges Urtheil unter Berücksichtigung der Abzugseinrede erlangt hat, befugt sei, noch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses zu beantragen, bedarf einer besonderen Entscheidung im Gesetze nicht. Ist ein solches Recht anzunehmen (und der Entwurf schließt diese Befugniß des Gläubigers nicht aus), so wird der Erbe dadurch nicht beschwert oder gefährdet, da er es in der Hand hat, einem derartigen Vorgehen des Gläubigers vorzubeugen, indem er denselben befriedigt.

Anmeldung im Aufgebotsverfahren.

Die Befreiung des Nachlaßgläubigers, welcher ein solches Urtheil erlangt hat, von der Verpflichtung, seine Forderung im Gläubigeraufgebote anzumelden, ist im Schlußsatze des § 2125 ausgesprochen.

§ 2146.

8. Abzugseinrede gegenüber einem Miterben in Ansehung

Die Vorschrift bildet eine Art Anhang zu den Vorschriften über die Abzugseinrede.

a) einer gegen den Erblasser begründeten,

Steht dem Miterben ein Anspruch als Gläubiger zu in Ansehung einer bereits gegen den Erblasser begründeten Verbindlichkeit, so kann seine Eigenschaft als Miterbe seinen Rechten als Gläubiger nicht Abbruch thun. Wenn im Gebiete des preuß. A. L. R. anders entschieden ist[1]), so kann dies um so weniger maßgebend sein, als die Auffassung des A. L. R. von dem Inventarrechte eine andere ist. Jedenfalls kann nach dem Entwurfe ein Erbtheil überschuldet sein (nach dem § 2119 ist der Konkurs nur über einen Erbtheil zu eröffnen), während der Erbtheil des Miterben, welcher in Ansehung einer solchen Verbindlichkeit Gläubiger ist, völlig unbelastet sein kann.

b) einer nicht schon gegen den Erblasser begründeten Verbindlichkeit.

Handelt es sich dagegen um eine nicht bereits gegen den Erblasser begründete Verbindlichkeit der übrigen Miterben oder eines derselben gegenüber einem Miterben, so kann nicht das Gleiche gelten, wenn nicht Härten sich ergeben sollen. Im Falle des Verzichtes auf das Inventarrecht (§ 2094) geht schwerlich der Wille des Verzichtenden dahin, auch gegenüber seinen Miterben sich wegen einer solchen Nachlaßverbindlichkeit in vollem Umfange haftbar zu machen. Versäumnissen und Verfehlungen in Ansehung der Inventarerrichtung (§§ 2095, 2106 Abs. 1) kann im Verhältnisse zu Miterben, welche in der Lage sind, das

---

[1]) Eccius § 270 Anm. 76 und 18 und die dort angerufenen Entscheidungen.

Inventar selbst zu errichten, nicht dieselbe Wirkung beigemessen werden wie im Verhältnisse zu anderen Personen. Besonders unbillig wäre es, wenn im Falle einer Ausgleichungsverbindlichkeit, welche nach dem § 2164 als eine dem Verpflichteten obliegende Nachlaßverbindlichkeit gilt (vergl. § 2117 Abs. 2 Nr. 5), der des Inventarrechtes gegenüber allen Nachlaßgläubigern verlustige Miterbe, welcher in Wirklichkeit durch die Ausgleichungsverbindlichkeit überschwert ist, dem Berechtigten aus eigenen Mitteln zu leisten hätte[1]). Eine ähnliche Härte würde sich ergeben, wenn einem Miterben als Pflichttheilsberechtigten im Falle des § 1979 oder als einem mit einem Vorausvermächtnisse Bedachten Forderungen gegen die übrigen Miterben zustehen. Kommt eine andere Nachlaßverbindlichkeit als die vorbezeichneten in Betracht, so wird sich diese Härte freilich weniger fühlbar machen, weil alsdann die Nachlaßverbindlichkeit in der Regel nach dem § 2113 Masseschuld sein wird und eine Ueberschwerung nicht leicht eintritt.

§ 2147.

VIII. Besondere Vorschriften. 1. Inventarrecht in Ansehung mehrerer Erbtheile eines Erben.

Darüber, wie die Sachlage sich gestaltet, wenn ein Erbe zu mehreren Erbtheilen berufen ist, bestimmt der § 2147. Die Vorschrift enthält einen allgemeinen, auf alle Vorschriften über das Inventarrecht sich beziehenden Grundsatz und findet deshalb hier eine angemessene Stelle; sie erstreckt sich, wie die des § 2037, auf alle Fälle, in welchen bei einem Erben, selbst wenn er Alleinerbe ist, mehrere Erbtheile als besondere hervortreten, sei es absolut, wie in den Fällen der §§ 1967, 1971 Abs. 2, sei es nur relativ, wie in den Fällen der §§ 1799, 1972, 1973. In allen diesen Fällen soll dem Erben in Ansehung eines jeden Erbtheiles das Inventarrecht besonders zustehen, wie wenn die Erbtheile verschiedenen Erben gehörten.

In Betracht kommen, wie aus den in Bezug genommenen Vorschriften erhellt, in Ansehung der gesetzlichen Erbfolge folgende Fälle: Ein Verwandter der ersten oder zweiten Linie gehört verschiedenen Stämmen an und erbt in jedem dieser Stämme (§ 1967); ferner ein Ehegatte erbt zugleich als solcher und als Verwandter (§ 1971 Abs. 2). Nach den angerufenen Vorschriften sind in diesen Fällen die mehreren Erbtheile als besondere Erbtheile anzusehen. Daraus folgt, daß, in Ermangelung einer das Gegentheil ergebenden Vorschrift, die Erbtheile auch in Ansehung des Inventarrechtes ein von einander unabhängiges Schicksal haben.

Ferner kann bei der Berufung aus Verfügungen von Todeswegen ein Erbe zu mehreren Erbtheilen berufen sein. Dies ist zwar nicht im Entwurfe besonders ausgesprochen, ergiebt sich aber aus dem § 2037. Der § 2037 spricht nur von der Annahme und Ausschlagung der Erbschaft; er setzt jedoch, indem er seine Vorschriften daran anknüpft, daß des Erblassers Wille entscheide, ob bei der Einsetzung desselben Erben zu mehreren Erbtheilen diese nur als ein

[1]) Vergl. wegen des preuß. A. L. R., welches in anderer Weise hilft, II, 2 § 312, Eccius § 274 Anm. 20, Dernburg § 241 a. E.

Erbtheil oder als mehrere Erbtheile zu betrachten seien, einen allgemeineren Grundsatz voraus.

Möglich ist sodann, daß ein Erbe aus verschiedenen Berufungsgründen oder aus demselben Berufungsgrunde verschiedene Erbtheile theils unbedingt, theils bedingt oder betagt erhält.

Weiter kommen die Fälle der Anwachsung (§ 1799) und der Erhöhung des gesetzlichen Erbtheiles nach Maßgabe des § 1972 in Betracht. Nach beiden Vorschriften gelten die auf eine solche Weise vereinigten Erbtheile nur in Ansehung der auf dem einen oder anderen Erbtheile haftenden Vermächtnisse und Auflagen — also relativ in den bezeichneten Richtungen — als besondere Erbtheile.

Von Bedeutung ist endlich der § 2037 insofern, als nach demselben, falls ein zu mehreren Erbtheilen berufener Erbe den einen Erbtheil angenommen oder ausgeschlagen hat, auch die anderen Erbtheile als angenommen oder ausgeschlagen gelten, selbst wenn sie erst später anfallen, es sei denn, daß der Berufungsgrund ein verschiedener ist. Danach gelten die mehreren in Rede stehenden Erbtheile nicht allgemein für einen Erbtheil, sondern nur in Beziehung auf Annahme und Ausschlagung. Der § 2037 setzt als selbstverständlich voraus, daß der Erbe gegen eine durch die Erstreckung seiner Annahmeerklärung mögliche Gefährdung in dem Inventarrechte und dessen angemessener Gestaltung Schutz finde (vergl. S. 508).

Für alle Fälle gleichmäßig zu regeln, erscheint geboten. Daß die Vorschrift sich auch auf die nur relativ besonderen Erbtheile erstreckt, rechtfertigt sich deshalb, weil große Härten für den Inventarerben sich ergeben könnten, wenn der Verlust des Inventarrechtes durch Verzicht oder durch Versäumung der Inventarfrist auch auf diejenigen Erbtheile zu beziehen wäre, welche dem Erben erst später anfallen oder deren Anfall ihm noch nicht bekannt war. Die Regelung schafft einfache Verhältnisse und macht weitere Vorschriften entbehrlich, insbesondere darüber, wie es sich mit dem Nachlaßkonkurse in Ansehung der einzelnen Erbtheile gestaltet, je nachdem das Inventarrecht verloren oder nicht erloschen ist. Sie erübrigt die Festsetzung eines bestimmten Anfangspunktes für den Beginn der Inventarfrist in Ansehung der später hinzutretenden Erbtheile und läßt erkennen, daß dem Erben für den später anfallenden Erbtheil eine besondere Inventarfrist zu setzen ist.

Nicht einbezogene Fälle.

Nicht einzubeziehen sind die Fälle, in welchen der Erbe auf das Inventarrecht verzichtet hat, weil er nur zu einem geringeren Bruchtheile Erbe zu sein vermeinte, als er es thatsächlich war, oder in welchen der Erbe in einem entsprechenden Irrthume sich befand und deshalb die Erbschaft annahm oder ausschlug. Im ersteren Falle, z. B. wenn dem Erben, weil ein Mitberufener vor dem Erblasser gestorben war, ein erheblicherer Bruchtheil, als er glaubte, oder das Ganze angefallen war, handelt es sich, soweit nicht etwa der § 1973 Platz greift, um einen bei dem Verzichte untergelaufenen Irrthum, dessen Bedeutung für den Verzicht sich nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen hat. Im zweiten Falle muß sich gleichfalls der Einfluß des vorgekommenen Irrthumes nach den allgemeinen Grundsätzen bemessen.

§§ 2148, 2149.

2. Inventarrecht einer Ehefrau. Auszuscheidende Fälle.

Ist eine Erbschaft einem Ehemanne angefallen, oder ist eine Erbschaft während bestehender Ehe seiner Ehefrau angefallen, welche in Gütertrennung lebt (§§ 1338—1340), oder einer nicht in diesem Güterstande lebenden Ehefrau, aber so, daß sie zum Vorbehaltsgute gehört, so regelt sich das Inventarrecht ohne Weiteres, ohne daß besondere Vorschriften erforderlich wären.

Vorschriften sind in Ansehung des Inventarrechtes nicht zu entbehren, falls der Erbe eine Ehefrau ist und die Erbschaft Ehegut oder im Falle der Gütergemeinschaft Gesammtgut oder Sondergut geworden ist.

Besondere Vorschriften für gewisse Fälle.

Die Vorschriften des § 2148 treffen sowohl den Fall, daß eine Ehefrau Erbin wird und der bezeichnete Güterstand bereits besteht, als auch den Fall, daß der bezeichnete Güterstand erst nach dem Anfalle der Erbschaft und noch vor dem Erlöschen des Inventarrechtes eintritt, den letzteren Fall selbst dann, wenn die Inventarfrist bereits bestimmt war. Sie beruhen auf Gründen praktischer Zweckmäßigkeit. Eine Verdeutlichung der Fassung dahin „ist der Erbe eine Frau“, um erkennbar zu machen, daß auch der Fall einbezogen ist, in welchem die Erbschaft vor Eingehung der Ehe angefallen war, erscheint nicht erforderlich, da Mißverständnisse nicht zu besorgen sind. Die Verdeutlichung wäre nicht einmal rathsam, weil die betreffenden Fragen sich der Regel nach nur erheben können, wenn die Frau bereits wirklich Ehefrau ist.

Die Inventarfrist war bereits bestimmt.

Den Fall besonders zu regeln, daß der Ehefrau vor dem Eintritte des gesetzlichen Güterstandes oder der Gütergemeinschaft — mag dies die allgemeine Gütergemeinschaft oder die Gemeinschaft der Errungenschaft oder die Gemeinschaft des beweglichen Vermögens und der Errungenschaft sein — eine Inventarfrist bereits bestimmt ist, besteht kein Anlaß. Vorzuschreiben, daß in solchen Fällen die Bestimmung einer Inventarfrist gegenüber dem Ehemanne nicht erforderlich sei und der Ablauf der Inventarfrist sich lediglich nach der Person der Ehefrau bestimme, liegt kein genügender Grund vor.

Vereinbarung, die angefallene Erbschaft solle Vorbehaltsgut sein.

Ebensowenig ist besonders zum Ausdrucke zu bringen, daß die Vorschriften auch dann anzuwenden sind, wenn die Ehegatten bei Schließung der Ehe oder bei der späteren Einführung des gesetzlichen Güterstandes oder der Gütergemeinschaft vereinbart haben, die Erbschaft solle Vorbehaltsgut sein. Dies könnte insofern angemessen erscheinen, als trotz einer solchen Vereinbarung die Nachlaßverbindlichkeiten gegenüber den Gläubigern Ehegutsverbindlichkeiten oder Gesammtgutsverbindlichkeiten sind. Indessen müßte dazu eine verwickelte Fassung gewählt werden und bleibt zweifelhaft, ob eine so feine Unterscheidung das Verständniß nicht ohne Noth erschweren würde, während die Erwartung begründet ist, daß Wissenschaft und Praxis für den besonderen Fall die richtige Entscheidung auch ohne besondere Anleitung finden werden.

Den Eingang so zu fassen, daß die Anwendbarkeit dieser besonderen Vorschriften davon abhängt, ob die Nachlaßverbindlichkeiten Ehеguts- oder Sonderguts- oder Gesammtgutsverbindlichkeiten geworden sind, würde nicht angemessen sein, da es nur darauf ankommt, ob die Erbschaft bei dem Anfalle und durch den Anfall Ehegut, Sondergut oder Gesammtgut wird; eine Fassung der bezeichneten Art würde dagegen die Auffassung nahe legen, es sei auch

dasjenige in Betracht zu ziehen, was in Ansehung der Nachlaßverbindlichkeiten allein eingetreten ist.

Ablehnung der Gewährung des Inventarrechtes an beide Ehegatten.

In den in Betracht kommenden Fällen sowohl der Ehefrau als dem Ehemanne das Inventarrecht zu gewähren, obschon an sich lediglich die Ehefrau als Erbin das Inventarrecht hat und dieses Inventarrecht nur dem Ehemanne zu Gute kommt, würde nicht angemessen sein. Zwingende Gründe für eine derartige Regelung bestehen nicht; eine solche ist auch dem geltenden Rechte nicht bekannt. Der Entwurf beruht auf der Auffassung: Der Ehefrau steht, wie jedem anderen Erben, kraft des Gesetzes das Inventarrecht zu. Die Erbschaft wird mit diesem Rechte der Ehefrau Ehegut, Gesammtgut oder Sondergut. Das Inventarrecht kann aber gegenüber allen Gläubigern erlöschen durch Verzicht (§ 2094), durch Versäumung der Inventarfrist (§ 2095), und durch doloses Verschweigen von Nachlaßgegenständen im Falle des § 2106 Abs. 1. Besondere Vorschriften sind erforderlich, wie in den in Betracht kommenden Fällen ein Verlust des Inventarrechtes mit Wirkung gegenüber beiden Ehegatten eintreten kann.

Verzicht auf das Inventarrecht.

Unter Nr. 1 wird der Verzicht auf das Inventarrecht geregelt. Derselbe soll nur wirksam sein, wenn der Ehemann eingewilligt hat oder den Verzicht genehmigt. In Ansehung der Einwilligung oder Genehmigung des Ehemannes ist eine Form nicht vorgeschrieben, obgleich nach dem § 2094 Abs. 2 ein Vertreter, welcher den Verzicht erklärt, einer formalisirten Vollmacht bedarf. Ein genügender Grund liegt nicht vor, den § 127 Abs. 2 hier von der Geltung auszuschließen. Der Fall der Vollmacht läßt sich nicht ohne Weiteres dem der Einwilligung oder Genehmigung seitens des Ehemannes gleichstellen. Näher würde die Gleichstellung mit der Einwilligung oder Genehmigung seitens des Vertreters einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person liegen. In Ansehung der letzteren ist aber eine Formvorschrift nicht aufgestellt.

Wahrung der Inventarfrist.

Die Vorschriften in Ansehung der Wahrung der Inventarfrist unter Nr. 2 beruhen ausschließlich auf Gründen der Zweckmäßigkeit. Die Bestimmung der Frist soll nur wirksam sein, wenn sie auch gegenüber dem Ehemanne erfolgt. Die Frist soll auch gegenüber der Ehefrau nicht ablaufen, solange sie gegenüber dem Ehemanne nicht abgelaufen ist. Die Errichtung des Inventares durch den Ehemann soll auch zu Gunsten der Ehefrau wirken.

Verlust des Inventarrechtes durch doloses Verschweigen.

Zu bestimmen, daß das Erlöschen des Inventarrechtes in Gemäßheit des § 2106 Art. 1 nur eintritt, wenn die Absicht, die Nachlaßgläubiger zu benachtheiligen, beiden Ehegatten zur Last fällt (Nr. 3), ist geboten, weil der Ehegatte unter der rechtswidrigen Handlungsweise des anderen Ehegatten nicht leiden kann. Die Fassung läßt darüber keinen Zweifel, daß der andere Ehegatte nicht allein von der Absicht des Ehegatten, die Nachlaßgläubiger zu benachtheiligen, sondern auch von der Ausführung dieser Absicht Kenntniß gehabt und diese Ausführung gebilligt haben muß.

Antragsberechtigung für Konkurs 2c. Inventarerrichtung.

Unter Nr. 4 wird vorgeschrieben, daß jeder Ehegatte ohne Einwilligung des anderen Ehegatten den Nachlaßkonkurs beantragen, das Aufgebot erwirken und das Inventar errichten kann. Die Vorschrift in Ansehung der Inventarerrichtung bezweckt zugleich, die Ehefrau wegen der mit der Inventarerrichtung,

welche auf ihren Antrag erfolgt, verbundenen Kosten zu sichern. Diese Kosten würden in Ermangelung einer Zustimmung des Ehemannes dem Ehegute nicht zur Last fallen; ein solches Ergebniß wäre aber ein unbilliges. Die Vorschrift über den Konkurs und das Aufgebot ist positiv, aber geboten, um dem Interesse des Ehemannes wegen der Schuldenhaftung Rechnung zu tragen.

Mehrfache Inventar-errichtung.

Einer besonderen Vorschrift darüber, welches Inventar maßgebend ist, wenn beide Ehegatten ein Inventar errichtet haben, bedarf es nicht, da der Entwurf nach dem § 2102 ein von der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten aufgenommenes Inventar verlangt.

Gläubiger-aufgebot.

Wie sich das Rechtsverhältniß nach dem Aufgebotsverfahren gestaltet, ist nicht näher zu regeln (vergl. zum § 2129 S. 562, 563).

Offen-barungseid.

In Ansehung des Offenbarungseides (§ 2142), insbesondere darüber, welcher der Ehegatten den Eid zu leisten habe, ist eine Vorschrift entbehrlich. Die letztere Frage muß sich ebenso beantworten wie in allen Fällen, in welchen es sich darum handelt, von wem in einer das Ehegut u. s. w. betreffenden Angelegenheit der etwa erforderliche Offenbarungseid zu leisten sei. Die allgemeinen Grundsätze werden in dieser Hinsicht zu einer befriedigenden Lösung genügen.

Gesammt-gutsgläubiger eines Ehe-mannes.

Daß die Gesammtgutsgläubiger eines Ehemannes zu den Nachlaßgläubigern in Ansehung einer Erbschaft, welche der Ehefrau zu dem ehelichen Gesammtgute angefallen ist, in demselben Verhältnisse wie Erbengläubiger zu Nachlaßgläubigern stehen, bedarf, als selbstverständlich, keiner besonderen Erwähnung.

Auflösung der Güter-gemeinschaft.

Ist einer Ehefrau während bestehender Ehe eine Erbschaft als Ehegut oder Sondergut angefallen und endigt der gesetzliche Güterstand oder die Gütergemeinschaft durch Vertrag oder Urtheil oder Auflösung der Ehe zu einer Zeit, in welcher das Inventarrecht noch nicht erloschen ist, so ergeben sich die Folgen ohne Weiteres. Denn mit der Beendigung des Güterstandes erhält die Ehefrau freie Verfügung in Ansehung des Ehegutes oder Sondergutes und der Ehemann ist nicht mehr betheiligt. Anders steht es, wenn in einem solchen Falle die Erbschaft bei bestehender Gütergemeinschaft zum Gesammtgute gehört hat. Alsdann ist der Ehemann noch betheiligt; er haftet für die Gesammtgutsverbindlichkeiten (§ 1359). Deshalb rechtfertigt sich (§ 2149) die entsprechende Anwendung des § 2148. In diesem Falle dem Ehemanne ein gewissermaßen selbständiges Inventarrecht einzuräumen, ist nicht erforderlich. Der dem Ehemanne durch entsprechende Anwendung des § 2148 gewährte Schutz genügt dem praktischen Bedürfnisse und entspricht mehr dem Grundgedanken des § 2148, daß das Inventarrecht der Ehefrau zusteht und dem Ehemanne nur zu Gute kommt. Freilich besteht die Besorgniß, es werde das Zusammenwirken der Ehegatten, welches der § 2148 zum Theil voraussetzt, nicht immer zu erzielen sein, nachdem die Gütergemeinschaft aufgelöst ist, insbesondere im Falle der Scheidung der Ehe. Diese Besorgniß kann jedoch nicht dazu führen, dem Ehemanne ein selbständiges Inventarrecht einzuräumen; auch eine solche Gestaltung würde zudem nicht allen in den Verhältnissen liegenden Schwierigkeiten vorzubeugen im Stande sein.

§ 2150.

Rechtsverhältniß im Falle des Konkurses über das Vermögen des Erben.

Ein Schutz der Nachlaßgläubiger gegen die Konkurrenz anderer Gläubiger des Erben macht sich insbesondere dann nöthig, wenn Konkurs über das Vermögen des Erben eröffnet ist (vergl. S. 605, 606).

Absonderungsrecht der Nachlaßgläubiger.

Die Konk. O. gewährt im § 43 den Nachlaßgläubigern dann, wenn nach dem Anfalle einer Erbschaft der Erbe in Konkurs geräth, ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus den bei der Eröffnung des Konkurses vorhandenen Nachlaßgegenständen, sofern den Nachlaßgläubigern ein Absonderungsrecht nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zusteht. Ein solches Absonderungsrecht ist fast allen geltenden Rechten in größerem oder geringerem Umfange bekannt[1]). Um die Nachlaßgläubiger gegenüber den Gläubigern des Erben, über dessen Vermögen der Konkurs eröffnet ist, zu sichern, bedarf es jedoch der Beibehaltung des Institutes des Absonderungsrechtes nicht. Vielmehr erscheint die Herbeiführung des Nachlaßkonkurses allein als derjenige Weg, auf welchen die Nachlaßgläubiger im eigenen wie im allgemeinen Interesse zu verweisen sind. Der Nachlaßkonkurs stellt sich als das Absonderungsrecht in seiner vollsten Entfaltung dar. Derselbe gewährt den Vortheil, daß an die Stelle des ungeordneten Vorgehens der einzelnen Nachlaßgläubiger, welches unter Umständen zu einem wilden Zugriffe der Einzelnen führen kann, ein regelrechtes, das Interesse aller Nachlaßgläubiger gleichmäßig wahrendes Verfahren tritt. Allerdings wird durch dasselbe der einzelne Nachlaßgläubiger in manchen Fällen weniger schnell zur Befriedigung gelangen. Auch können leicht erheblichere Kosten entstehen, als bei Ausübung des Absonderungsrechtes erwachsen würden. Diese Bedenken dürfen indessen gegenüber den großen Vortheilen, welche der Nachlaßkonkurs bietet, nicht maßgebend sein.

Ueberschuldung des Nachlasses.

Soll dieser Zweck erreicht werden, so bedarf es für diesen Fall einer Modifikation des § 203 der Konk. O. Nach dem § 203 kann der Nachlaßkonkurs nur eröffnet werden, wenn der Nachlaß überschuldet ist. Hiervon abzuweichen, ist S. 674 abgelehnt. Ist jedoch das Vermögen des Erben unter Mitberücksichtigung der Aktiva und Passiva des Nachlasses überschuldet, so ist hier eine Abweichung unbedenklich und unentbehrlich, um den Nachlaßgläubigern zu ihrem Rechte zu verhelfen (Abs. 1).

Verlust des Inventarrechtes.

Aber auch von dem Grundsatze des § 2109 muß in diesem Falle abgewichen werden. Der § 2109 erklärt die Eröffnung des Nachlaßkonkurses dann für unzulässig, wenn das Inventarrecht gegenüber allen Nachlaßgläubigern erloschen ist, weist jedoch bereits auf die Ausnahme im § 2150 hin (vergl. S. 622) Das Absonderungsrecht des geltenden Rechtes ist, wie schon die historische Entwickelung zeigt, ein besonderes Recht der Nachlaßgläubiger, um die letzteren

[1]) Windscheid § 607; Brinz § 398; Roth § 371; Stobbe § 285 VIII; für das württemb. Recht Stein § 112; code civil Art. 878—880, 2111 (Zachariae § 618); sächs. G. B. §§ 2333—2342; österr. G. B. § 812, Unger § 41; brem. Recht bei Post § 191; hamb. Recht bei Baumeister I S. 319; Mommsen § 266—275; hess. Entw. Art. 277—285. Wegen des preuß. A. L. R. I, 16 §§ 500 ff. vergl. Eccius § 270 S. 622 und Bd. 1 (2. A.) § 96 S. 619, 620; Dernburg § 233.

gegen die Verschlechterung ihrer Lage durch den Eintritt eines überschuldeten Erben zu sichern. Dies Recht der Nachlaßgläubiger hat mit dem Inventarrechte des Erben nichts zu thun, ist vielmehr von demselben völlig unabhängig und muß davon unabhängig sein, wenn es seinen Zweck erreichen soll. Wird den Nachlaßgläubigern an Stelle des Absonderungsrechtes die Befugniß gewährt, den Nachlaßkonkurs herbeizuführen, so kann eine solche Befugniß nicht von dem Verhalten des Erben in Ansehung des Inventarrechtes, insbesondere von dem Verzichte des Erben auf das Inventarrecht, abhängig sein. Die rechtliche Gestaltung des Verhältnisses ist die, daß die an sich mit dem Erlöschen des Inventarrechtes eintretende völlige Verschmelzung des Nachlasses mit dem Vermögen des Erben gegenüber den Nachlaßgläubigern nicht schlechthin Platz greift, der Erbe vielmehr auch noch nach dem Erlöschen jenes Rechtes verpflichtet ist, den Nachlaß für den Fall, daß Konkurs über sein Vermögen ausbricht, nach Maßgabe des § 2112 zu verwalten und, wenn der Konkurs eröffnet wird, den Nachlaß, wie er sich nach den Grundsätzen des § 2112 gestaltet hat, insbesondere einschließlich der Surrogate, an die Nachlaßgläubiger herauszugeben.

Zeitliche Begrenzung.

Diese Verpflichtung des Erben ist aber zeitlich zu begrenzen, und zwar angemessen auf zwei Jahre als einen nicht allzu langen Zeitraum, gerechnet von der Annahme der Erbschaft. Das Absonderungsrecht des geltenden Rechtes ist gleichfalls zeitlich beschränkt, im gemeinen Rechte auf fünf Jahre[1]), im code civil auf drei Jahre für Mobilien mit Modifikationen für Immobilien (Art. 880, 2111), im württemb. Ges. v. 1825 Art. 40 ebenfalls auf drei Jahre, und ebenso im hess. Entw. Art. 285, in der hamb. Fallit. O. Art. 67 und in der lüb. Konf. O. § 63 auf zwei Jahre, im preuß. A. L. R. I, 16 § 503, im sächs. Ges. B. § 2342, in der bayr. Prior. O. v. 1822 § 8 Nr. 4 und einigen anderen Gesetzen[2]), sowie von Mommsen § 268 Abs. 1 auf ein Jahr. Der Entwurf hat die gleiche Frist wie im § 2120 Abs. 2 gewählt.

Die Nachlaßgläubiger sind hiernach von dem Entwurfe insofern günstiger als von den meisten geltenden Rechten gestellt, als nach den letzteren das Absonderungsrecht sich nur auf diejenigen Nachlaßgegenstände erstreckt, welche zur Zeit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Erben noch vorhanden sind. Mit Rücksicht auf die selbständige Natur des den Gläubigern gewährten Rechtes erscheint die Erweiterung des Rechtes folgerichtig. Anderenfalls würde der Erbe, welchen an sich als Inventarerben nach dem § 2112 die Verwaltungs- und Herausgabepflicht trifft, in der Lage sein, durch Aufgeben des Inventarrechtes sich dieser Verpflichtung zu entziehen, und damit zugleich das zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger bestimmte Haftobjekt für die Zukunft zu mindern.

Allerdings versagt der Nachlaßkonkurs auch dann, wenn der Nachlaß zur Deckung der Konkurskosten nicht hinreicht (§§ 99, 190 der Konk. O.) und wenn es an einer Mehrheit von Gläubigern fehlt. Diese Fälle sind jedoch praktisch von zu geringer Bedeutung, um besondere Berücksichtigung zu finden.

[1]) Windscheid § 607 Anm. 8; Roth § 371 Anm. 8.

[2]) Roth § 371 Anm. 8.

Verhinderung des Vollliquidirens in beiden Konkursen.

Wenn der Konkurs über das Vermögen des Erben und über den Nachlaß neben einander geführt werden, so würden an sich die Nachlaßgläubiger ihre Forderungen nach dem Erlöschen des Inventarrechtes des Erben in beiden Konkursen zum vollen Betrage geltend machen können. In gleicher Weise würden, in Ermangelung einer besonderen Vorschrift, Nachlaßgläubiger, gegenüber welchen nach dem § 2108 das Inventarrecht ausgeschlossen ist, ihre Forderungen in beiden Konkursen zum vollen Betrage zur Geltung bringen können. Dadurch würden die Gläubiger des Erben benachtheiligt werden und die Nachlaßgläubiger mehr erhalten, als ihnen gebührt. Diesem Ergebnisse beugt der zweite Absatz vor, indem er, im Anschlusse an den § 57 der Konk. O., bestimmt, die bezeichneten Gläubiger könnten im Konkurse über das Vermögen des Erben nur für denjenigen Betrag verhältnißmäßige Befriedigung verlangen, für welchen sie auf Befriedigung im Nachlaßkonkurse verzichten, oder mit welchem sie im Nachlaßkonkurse ausgefallen sind. Zugleich werden die Vorschriften der §§ 88, 141, 143, 144, des § 155 Nr. 3 und des § 156 der Konk. O., welche die Forderungen betreffen, in Ansehung deren abgesonderte Befriedigung beansprucht werden kann, für entsprechend anwendbar erklärt. Hiernach erhellt ohne Weiteres, daß der Verwalter des Konkurses über den Nachlaß die Aussonderung der zur Zeit der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Erben noch vorhandenen Nachlaßgegenstände verlangen und die nach dem § 2112 entstandenen Verpflichtungen des Erben im Konkurse über dessen Vermögen geltend machen kann.

Absonderungsrecht der Erbengläubiger.

Nach einigen Rechten bestand (vergl. insbes. preuß. A. L. R. I, 16 §§ 507 ff.) früher auch ein Absonderungsrecht der Gläubiger des Erben; die Konk. O. hat dasselbe beseitigt (vergl. Mot. zum § 43 der Konk. O. S. 221 ff.). In dieser Hinsicht von der Konk. O. abzuweichen, erscheint bedenklich. Von selbst versteht sich jedoch, daß der Konkursverwalter, wenn das Inventarrecht des Erben in Ansehung einer ihm angefallenen Erbschaft noch nicht erloschen ist, den Nachlaßgläubigern, welche sich im Konkurse über das Vermögen des Erben melden und von dem Nachlaßkonkurse Abstand nehmen, die Abzugseinrede noch entgegensetzen kann[1]).

Eröffnung des Nachlaßkonkurses auf Antrag des Konkursverwalters.

Eine weitere Ausnahme von den Grundsätzen der Konk. O. bestimmt der dritte Absatz dahin, daß auch der im Konkurse über das Vermögen des Erben bestellte Konkursverwalter die Eröffnung des Nachlaßkonkurses, wenn der Nachlaß überschuldet, das Inventarrecht des Erben aber nicht erloschen ist, beantragen kann. Dies erscheint geboten, weil dem Konkursverwalter nicht angesonnen werden kann, sich mit jedem einzelnen Nachlaßgläubiger auf Grund der Abzugseinrede auseinanderzusetzen. Obschon vielleicht behauptet werden kann, ein solches Recht stehe dem Konkursverwalter auch ohne eine besondere Vorschrift zu, so verdient es doch den Vorzug, auszusprechen, daß auch dies in seinen Befugnissen liegt, um so mehr, als der § 2064 besonders erwähnt, der Nachlaßpfleger sei befugt, den Nachlaßkonkurs zu beantragen.

Konkurs eines Ehemannes ꝛc.

Der vierte Absatz sorgt für zwei weitere Fälle, einmal den, daß der Konkurs über das Vermögen eines Ehemannes eröffnet wird, dessen Ehefrau,

[1]) Vergl. Dernburg § 233 Anm. 18.

welche mit ihm in Gütergemeinschaft lebt, eine Gesammtgut gewordene Erbschaft erworben hat, und dann den, daß der Konkurs über das Vermögen desjenigen, welcher eine Erbschaft durch Veräußerung erworben hat, eröffnet wird. In beiden Fällen ist der Konkurs über ein Vermögen eröffnet, dessen Bestandtheil die Erbschaft geworden ist; vergl. insbesondere in Ansehung des ersteren Falles den § 1361 Abs. 1, nach welchem das Gesammtgut im Falle des Konkurses über das Vermögen des Ehemannes zur Konkursmasse gehört. Die Vorschrift erscheint daher geboten. In dem zweiten Falle läßt sich dies deshalb bezweifeln, weil eine Universalnachfolge durch das die Veräußerung der Erbschaft bezweckende Rechtsgeschäft nicht herbeigeführt werden kann. Allein, da die Nachlaßgläubiger nach dem § 498 Abs. 3 gegen den Erwerber einer Erbschaft den Nachlaßkonkurs beantragen können, so darf ihnen auch im vorliegenden Falle das entsprechende Recht nicht versagt werden. Den Gegenstand der Konkursmasse bilden in einem solchen Falle die dem Erwerber von dem Erben oder Veräußerer übertragenen Erbschaftsgegenstände, die Ansprüche des Erwerbers gegen den Veräußerer auf weitere Uebertragungen und die Ansprüche aus der Verwaltung des Nachlasses (§ 2112).

Konkurs eines Erbschaftskäufers 2c.

Vorschriften über die Anfechtung des Verzichtes des Erben auf das Inventarrecht sowie über die Anfechtung der Ausschlagung der Erbschaft seitens des Gemeinschuldners vor der Eröffnung des Konkurses würden nur die Bestimmungen der Konk. O. über die Anfechtung von Rechtshandlungen des Gemeinschuldners erläutern oder ergänzen und sind deshalb weder nothwendig noch räthlich.

Anfechtung.

Für den Fall, daß der Erbe sich im Konkurse befindet, sind besondere Vorschriften weder in Ansehung der Inanspruchnahme des Inventarrechtes noch in Ansehung des Verzichtes auf dasselbe erforderlich. Aber auch die Entscheidung der Frage, wem das Ausschlagungsrecht in Ansehung einer Erbschaft zusteht, welche dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkurses angefallen ist, in Ansehung deren das Ausschlagungsrecht aber dem Gemeinschuldner noch zustand, hat der Entwurf der Wissenschaft und Praxis überlassen. Verschiedene Auffassungen lassen sich vertreten.

Ausschlagungsrecht im Konkurse.

Für die Auffassung, das Recht der Ausschlagung oder Annahme der Erbschaft stehe ausschließlich dem Erben zu und dessen Ausschlagung oder Annahme sei für die Konkursmasse wirksam, läßt sich geltend machen: Der Grundsatz des Erwerbes der Erbschaft kraft des Gesetzes sei ein mehr formaler Grundsatz, sonst könnte nicht der Ausschlagung, wie im § 2042 Abs. 1 geschehen, rückwirkende Kraft beigelegt werden. Maßgebend sei der Gedanke, es könne ein zur Erbfolge Berufener nicht ohne seinen Willen Erbe werden; die Ausschlagung habe nur die Bedeutung des Nichterwerbenwollens. Diese Auffassung trete auch im § 439 Abs. 3, im § 1308 Nr. 1 und in den §§ 1355, 1417 hervor. Materiell gehöre die Erbschaft nicht zur Konkursmasse. Folglich könne auch der Konkursverwalter nicht eingreifen. Für die Auffassung, die Erbschaft gehöre zur Konkursmasse, die Ausschlagung oder Annahme stehe ausschließlich dem Konkursverwalter zu, läßt sich anführen: Der Grundsatz des Erwerbes der Erbschaft kraft des Gesetzes sei nicht ein blos formaler Grundsatz. Die Freiheit des Nichterwerbenwollens seitens des Erben habe nicht unbeschränkte Anerkennung

Verschiedene Auffassungen.

gefunden; dies erhelle in gewissem Sinne auch aus dem § 2112 (vergl. übrigens § 1992 Abs. 2). Nur diese Gestaltung sei geeignet, das Interesse der Gläubigerschaft wirksam zu wahren. Möglich ist noch eine dritte Auffassung, nämlich der Erbe könne zwar selbst ausschlagen, dem Konkursverwalter müsse aber die Befugniß beigelegt werden, ungeachtet der Ausschlagung seitens des Erben, dasjenige zur Konkursmasse zu ziehen, was nach Berichtigung der Nachlaßverbindlichkeiten von der Erbschaft übrig bleibe, soweit es zur vollen Befriedigung der Konkursgläubiger erforderlich sei; der Herausgabeanspruch sei dem Konkursverwalter gegen denjenigen zu gewähren, an welchen die Erbschaft in Folge der Ausschlagung gelange. Diese Lösung wäre rein positiv und ist nicht gebilligt worden, obschon für dieselbe geltend gemacht wurde: Nach den allgemeinen Grundsätzen stehe dem Erben das Recht zu, die Erbschaft auszuschlagen oder anzunehmen; es könne ihm aber nicht gestattet werden, durch seine willkürliche Ausschlagung den Gläubigern das etwa in der Erbschaft noch zu findende Befriedigungsmittel zu entziehen; dieser Auffassung entsprächen die §§ 2112 (Schlußsatz), 2133. Jedenfalls würde diese dritte Auffassung zu erheblichen Verwickelungen führen und läßt sich die praktische Durchführbarkeit bezweifeln.

Absonderungsrecht bei der Zwangsvollstreckung.

Ein Absonderungsrecht bei der Zwangsvollstreckung gegen den Erben, also außerhalb des Konkurses, läßt der Entwurf, im Anschlusse an das preuß. Recht[1]) nicht zu. Das preuß. Recht lehrt, daß für die Zulassung ein zwingendes Bedürfniß nicht besteht. Ein solches Recht den Gläubigern beizulegen, nachdem ihnen im Konkurse des Erben nur die Absonderung des ganzen Nachlasses durch Eröffnung des Nachlaßkonkurses, nicht aber die Absonderung der einzelnen Nachlaßgegenstände und nur zu Gunsten aller Nachlaßgläubiger, nicht eines einzelnen Nachlaßgläubigers gewährt ist, würde auch kaum passend sein. Die Nachlaßgläubiger entbehren des erforderlichen Schutzes nicht, auch ohne daß ihnen ein solches Recht eingeräumt wird. Ist der Nachlaß unzulänglich, so können sie den Nachlaßkonkurs herbeiführen. Ist der Nachlaß nicht unzulänglich und reicht derselbe in Verbindung mit dem Vermögen des Erben zur Befriedigung sowohl der Gläubiger des Erben als der Nachlaßgläubiger, so geschieht in der Regel dem Rechte eines Nachlaßgläubigers dadurch kein Eintrag, daß ein Gläubiger des Erben auf einen Nachlaßgegenstand zu seiner Befriedigung greift. Zum Schutze der Nachlaßgläubiger genügt für die Zeit bis zur Annahme der Erbschaft die Vorschrift des § 2057. Reichen das Vermögen des Erben und der Nachlaß zusammen nicht aus, um die Gläubiger des Erben und die Nachlaßgläubiger zu befriedigen, so kann auch der einzelne Nachlaßgläubiger die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des ihm ebenfalls persönlich haftenden Erben beantragen und sich damit den Weg bahnen, um nach Maßgabe des ersten Absatzes den Nachlaßkonkurs herbeizuführen. Die prozessualen Sicherungsmaßregeln stehen dem Nachlaßgläubiger ebenfalls zu Gebote, sofern die Voraussetzungen derselben vorliegen. In Betracht kommt noch, daß ein derartiges Absonderungsrecht außerhalb des Konkurses sich schwer

[1]) Dernburg § 233 Anm. 3, 4; nach Dernburg ist dies bereits geltendes Reichsrecht.

in das System des Entwurfes einfügen lassen würde. Würde jedem Nachlaßgläubiger das Recht auf bevorzugte Befriedigung aus dem Erlöse der bei der Zwangsvollstreckung veräußerten Gegenstände gegenüber den anderen Gläubigern des Erben beigelegt, so würde eine Art stillschweigenden Pfandrechtes anerkannt. Der Entwurf kennt aber ein solches stillschweigendes Pfandrecht überall nicht (Motive zum Sachenrechte S. 796, 797). Ebensowenig eignet sich zur Nachfolge der Weg, welchen das gemeine Recht[1]) und andere Rechte, auch das österr. G. B. § 812 und Mommsen § 272, einschlagen, daß auf Anrufen der Richter eingreift, die beiden Vermögensmassen trennt und ein Liquidationsverfahren eintreten läßt. Ein derartiges vermittelndes Thätigwerden entspricht nicht der derzeitigen Auffassung von der Stellung des Richters.

Achter Titel.

Auseinandersetzung der Miterben.

Vorbemerkung.

Von dem Grundsatze des § 2051 Satz 2 aus, daß alle zum Vermögen des Erblassers gehörenden Rechte und die vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten des Erblassers auf die mehreren Erben kraft des Gesetzes nach Verhältniß ihrer Erbtheile übergehen, ist für Miterben in Ansehung aller zum Nachlasse gehörenden Gegenstände das Rechtsverhältniß der Gemeinschaft gegeben. Es bedarf daher und weil der Entwurf für die Gemeinschaft (§§ 762 ff.) und für das Miteigenthum (§§ 946 ff.) davon ausgeht, daß die Gemeinschaft nicht durch eine konstitutive Theilung des Richters aufgelöst werden kann, nur weniger Vorschriften. Diese Auffassung hat zur Folge, daß die Kollation in dem Entwurfe wesentlich anders als in den meisten geltenden Rechten geregelt werden mußte.

§ 2151.

Auseinandersetzung. 1. Verweisung auf die Gemeinschaft.

Indem zum Ausdrucke gebracht wird, daß die weiteren Vorschriften dieses Titels gegenüber dem regelmäßigen Gemeinschaftsrechte nur als Ausnahmevorschriften sich karakterisiren, wird der achte Titel angemessen eingeleitet.

Da das geltende Recht überwiegend auf einer anderen Grundauffassung beruht[2]), ist in dem Folgenden auf dasselbe nur noch in einzelnen Punkten einzugehen.

[1]) Windscheid § 607 Anm. 3; Roth § 371 Anm. 3.

[2]) Windscheid § 608; Roth § 374; Stobbe § 283; preuß. A. L. R. I, 17 §§ 117, 168, A. G. O. I, 46 §§ 1—25, Dernburg §§ 245, 246, Eccius § 273; sächs. G. B. §§ 2343--2353; code civil Art. 815—842; Mommsen §§ 276—286; hess. Entw. Art. 304 bis 323; für österr. G. B. Unger § 44; für württemb. Recht Stein §§ 313 ff.; u. A.

Hervorzuheben, daß jeder Miterbe zu jeder Zeit die Auseinandersetzung des Nachlasses verlangen kann, ist wegen des § 767 Abs. 1 entbehrlich.

§ 2152.

2. Anordnung des Erblassers für die Auseinandersetzung.

Daß der Erblasser obligatorisch wirkende Anordnungen, welche sich auf die Theilung beziehen, treffen kann, ist bereits dem § 1898 Abs. 1 zu entnehmen. Da indessen eine solche Anordnung an sich nicht in den Bereich der Vermächtnisse und Auflagen fällt, obschon auch ein Vermächtniß oder eine Auflage darin enthalten sein kann, ist es rathsam, besonders auszusprechen, daß Anordnungen dieser Art zulässig sind. Als eine Folge ergiebt sich, daß der Erblasser auch ein schiedsrichterliches Verfahren (§ 872 der C. P. O.) bestimmen kann.

Daß für das gemeine Recht die Unverbindlichkeit einer solchen Anordnung des Erblassers gegenüber dem Theilungsrichter behauptet wird, kommt bei der Verschiedenheit der Grundauffassung nicht in Betracht[1]).

Darüber, wie die Haftung der Erben sich gestaltet, wenn unter einer solchen Theilungsanordnung ein Vermächtniß sich versteckt und mit Rücksicht hierauf ein begünstigter Erbe in Ansehung der Nachlaßverbindlichkeiten beschwert ist, ob insbesondere die Gläubiger sich unmittelbar an diesen begünstigten Erben halten können, sind besondere Vorschriften nicht aufgenommen. Der Wissenschaft und Praxis vorzugreifen, dürfte nicht geboten sein.

§ 2153.

3. Anordnung des Erblassers wegen Nichtaufhebung der Gemeinschaft.

Der code civil Art. 815 gestattet dem Erblasser nicht, die Aufschiebung der Theilung anzuordnen; der hess. Entw. folgt ihm darin, fügt aber eine Ausnahme bei für den Fall, daß der Erblasser die Ueberlieferung der Erbschaft oder des Vermächtnisses an einen Anwärter aufgetragen hat.

In sachlicher Uebereinstimmung mit der Mehrzahl der Rechte, insbesondere dem gemeinen Rechte[2]), dem preuß. A. L. R. I, 17 §§ 118—122, dem sächs. G. B. § 2346 und Mommsen § 279 (dessen Mot. S. 316, 317), geht der Entwurf von der Auffassung aus, daß dem Erblasser eine derartige Befugniß nicht zu versagen sei. Der § 2153 erweitert demgemäß die Testirbefugniß des Erblassers in dem Sinne, daß derselbe durch Verfügung von Todeswegen die Aufhebung der Gemeinschaft in Ansehung des ganzen Nachlasses oder einzelner Nachlaßgegenstände untersagen kann. Das Theilungsverbot des Erblassers bildet eine besondere Art der Verfügungen von Todeswegen, welche nicht schon unter den Begriff des Vermächtnisses oder der Auflage fällt. Die Wirkung einer solchen Anordnung ist jedoch wie die eines Vermächtnisses oder einer Auflage nur eine obligatorische. Die Anordnung

[1]) Windscheid § 608 Anm. 16; Roth § 374 Anm. 1—4. — Vergl. im Uebrigen preuß. A. L. R. I, 17 §§ 123, 126, Dernburg § 245 Anm. 28; sächs. G. B. § 2350; Mommsen § 281 mit § 83; hess. Entw. Art. 315; Unger § 44 bei Anm. cc.

[2]) Windscheid § 608 Anm. 4 mit § 449 Anm. 12—14; Roth § 373 Anm. 14.

bindet die Betheiligten in ähnlicher Weise wie eine unter denselben getroffene Vereinbarung (vergl. § 767 Abs. 2). Allerdings kann der Erblasser die einzelnen Miterben auch gegenseitig verpflichten, ihre Antheile zu Gunsten der übrigen Miterben in der Weise zu belasten, daß das Recht auf Theilung dinglich ausgeschlossen wird, soweit überhaupt eine solche Belastung nach dem § 949 (Motive zum Sachenrechte S. 440 ff.) zulässig ist. Die Verpflichtung zu einer solchen Belastung ist indessen nicht jedem Theilungsverbote des Erblassers zu entnehmen, vielmehr muß eine entsprechende Verbindlichkeit besonders auferlegt sein.

Der Deutlichkeit wegen wird hervorgehoben, daß das Theilungsverbot sich sowohl auf den Nachlaß als Inbegriff aller gemeinschaftlichen Nachlaßgegenstände als auf einzelne Nachlaßgegenstände beziehen kann.

Zeitgrenze. Geltendes Recht.

Das geltende Recht bestimmt verschieden darüber, auf wie lange Zeit die Theilung aufgeschoben werden kann. Der code civil läßt im Art. 815 Abs. 2 die Ausschließung der Theilung durch Vertrag nur auf fünf Jahre zu, gestattet aber die Erneuerung einer solchen Uebereinkunft. Das sächs. G. B. § 2346 läßt das Verbot des Erblassers gegenüber den Erben nur auf zwanzig Jahre wirksam sein. Nach Mommsen § 279 Abs. 2 ist die Aussetzung der Theilung, sei es gemäß der Anordnung des Erblassers, sei es durch Vertrag, nur auf höchstens fünf Jahre zulässig. Ueber die Auslegung des preuß. A. L. R. herrscht nicht völlige Uebereinstimmung[1]).

Entwurf.

Der Entwurf hat keinen Anlaß, in dieser Hinsicht von der für die sonstige Gemeinschaft im § 767 Abs. 2, 3 getroffenen Entscheidung abzuweichen. Insbesondere kann ein Bedürfniß nicht anerkannt werden, die Ausschließung der Theilung über die Frist von dreißig Jahren und über die Lebenszeit des einzelnen Miterben hinaus zuzulassen. Die Gründe für die zeitliche Beschränkung einer Vereinbarung über die Ausschließung der Theilung im § 767 (Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 879, 880), liegen nicht in der Art der Begründung eines solchen Ausschlusses, sondern in den Nachtheilen, welche mit dem Zwange, auf längere Zeit hinaus in einer Gemeinschaft zu verbleiben, verbunden sind. Diese Gründe treffen daher auch bei der Auseinandersetzung unter Miterben zu. Nur in ganz besonders gearteten Fällen kann es zweifelhaft erscheinen, ob nicht ein praktisches Bedürfniß für die Ausschließung der Theilung auf längere Zeit sich geltend machen läßt. Hierher gehört der Fall, in welchem der Erblasser, indem er den überlebenden Ehegatten und seine Kinder an die Gemeinschaft bindet, ein der fortgesetzten ehelichen Gütergemeinschaft ähnliches Verhältniß zu schaffen bezweckt. Für solche im Einzelnen schwer abzugrenzende Fälle etwas Besonderes vorzuschreiben, ist schon um deswillen nicht erforderlich, weil der Erblasser den bezeichneten Zweck auf anderem Wege im Wesentlichen erreichen kann. Dazu genügt, daß der Erblasser derjenigen Person, für deren Lebenszeit der Nachlaß zusammengehalten werden soll, den Nießbrauch am Nachlasse zuwendet.

Beginn der Frist.

Der Beginn der im § 767 Abs. 2 vorgeschriebenen dreißigjährigen Frist ist hier besonders zu bestimmen. Nach dem § 767 Abs. 2 beginnt die Frist

[1]) Dernburg § 245 Anm. 8; dagegen Eccius § 273 Anm. 26—29.

mit der Vereinbarung des Theilungsausschlusses. Der Vereinbarung würde hier die Verfügung von Todeswegen entsprechen. Allein die Verfügung von Todeswegen entfaltet ihre Wirksamkeit nicht mit der Errichtung. Obschon die Verfügung von Todeswegen noch nicht mit dem Tode des Erblassers zur Ausführung gelangen kann, ist der Eintritt des Erbfalles, um einen festen Ausgangspunkt zu gewinnen, als derjenige Zeitpunkt bestimmt, mit welchem die Frist beginnt (Satz 3).

Gegenseitige Belastung der Antheile.

Der § 949 bedarf in Ansehung des zu begründenden Rechtes, die Aufhebung der Erbengemeinschaft nicht zu verlangen, einer Ergänzung nicht. Eine solche würde nur am Platze sein, wenn bei der Erbengemeinschaft eine weiter gehende obligatorische Bindung in Ansehung des Unterbleibens der Theilung als bei der Gemeinschaft überhaupt zugelassen werden sollte, und demgemäß zu gestatten sein würde, diese Bindung zu einer dinglichen zu gestalten.

§ 2154.

4. Ausschließung wegen Unbestimmtheit der Erbtheile.

Die Erbtheile können nach dem Tode des Erblassers noch unbestimmt sein, wenn in Folge einer Schwangerschaft eine erbberechtigte Person geboren werden kann (vergl. § 2026), durch deren Geburt die Erbtheile erst bestimmt werden.

Geltendes Recht.

Das gemeine Recht läßt in einem solchen Falle die Theilung in der Weise vornehmen, daß einstweilen auf die Frucht drei Theile gerechnet werden[1]). Ihm folgen das sächs. G. B. §§ 2293, 2344 und Mommsen §§ 277, 280 Abs. 2, § 302. In Uebereinstimmung mit dem von Siegel S. 203 bezeugten älteren deutschen Rechte läßt das preuß. A. L. R. I, 9 § 380 die Theilung so lange aussetzen, bis entschieden ist, ob die Leibesfrucht lebendig zur Welt kommen werde[2]).

Entwurf.

Das gemeine Recht geht von einem an sich nicht wahrscheinlichen Falle aus; durch seine Regelung ist, während schon die erste Theilung verwickelt wird, eine Nachtheilung geboten. Deshalb verdient es den Vorzug, die Gesammttheilung auf die verhältnißmäßig kurze Zeit auszusetzen, bis sich die Ungewißheit entschieden hat. Diese Vereinfachung liegt nicht allein im Interesse der Miterben, sondern erscheint auch für die Gläubiger zweckmäßiger.

Die Fassung der Vorschrift bringt zum Ausdrucke, daß das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, nur so weit ausgeschlossen ist, als die Erbtheile unbestimmt sind. Sind also nur einzelne Miterben bei der Ungewißheit betheiligt, z. B. weil nur eines vor dem Erblasser verstorbenen Bruders Kinder, welche neben zwei anderen Geschwistern des Erblassers erben, abwarten müssen, ob ihnen von dem Drittel der Erbschaft, das auf sie und die Leibesfrucht fallen soll, die Hälfte oder ein geringerer Theil gebührt, so

---

[1]) Windscheid § 608 Anm. 1a; Roth § 396 Anm. 39.

[2]) Vergl. Eccius § 267 Anm. 28; Dernburg § 217 Anm. 12, 13. Aehnlich wird das österr. G. B. von Unger § 44 Anm. 18 aufgefaßt. Der hess. Entw. Art. 306 Abs. 1 hat sich dem preuß. A. L. R. angeschlossen. Vergl. Heimbach, Andeutungen S. 28, 29.

ist das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, nur so weit, als die Ungewißheit reicht, ausgeschlossen.

Die Vorschrift gilt auch für den Fall der Aufhebung der Gemeinschaft in Ansehung einzelner Nachlaßgegenstände. Deshalb ist nicht von Aufhebung der Gemeinschaft in Ansehung des Nachlasses die Rede, weil die Hinzufügung der Worte „in Ansehung des Nachlasses" zu einer zu engen Auffassung führen könnte.

Stiftung als Erbe auf einen Theil.

Der zweite Absatz überträgt die Vorschrift des ersten Absatzes auf den Fall, daß eine Stiftung als Erbe auf einen Bruchtheil eingesetzt ist und zur Errichtung der Stiftung staatliche Genehmigung erforderlich ist, insoweit, als bis zur Entscheidung über Ertheilung oder Versagung der Genehmigung die Erbtheile unbestimmt sind. Die Vorschrift wird, obschon sonst die Stiftung ausschließlich im Allgemeinen Theile behandelt ist, und zwar auch dann, wenn sie durch Verfügung von Todeswegen errichtet ist, hier angereiht, weil sie im Anschlusse an die hier gegebenen Vorschriften leichter verständlich ist. In dem in Rede stehenden Falle entsteht ein ähnlicher Schwebezustand, wie wenn der Fall des ersten Absatzes vorliegt (vergl. zum § 62 Abs. 2, Motive zum Allg. Th. S. 124).

§ 2155.

5. Gemeinschaftliche Schriftstücke.

An Schriftstücken, welche auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers oder auf dessen Familie oder auf die ganze Erbschaft sich beziehen, haben die Miterben nur wegen der auf denselben befindlichen Schrift ein Interesse. Daher erscheint es gerechtfertigt, die Ausschließung dieser Schriftstücke von der Aufhebung der Gemeinschaft zu bestimmen und deren rechtliches Schicksal nicht nach ihrer Eigenschaft als Sache oder Stoff, sondern nach dem Interesse der Miterben zu regeln. Dieses Interesse, welches idealer Natur ist und sich allenfalls auf den Beweis von Rechten bezieht, erfordert nicht eine besondere Art der Vertheilung, wie sie von mehreren geltenden Rechten bestimmt wird[1]). Jede Veränderung in dem bestehenden dinglichen Rechtsverhältnisse verletzt dieses Interesse, welches durch den Fortbestand der Gemeinschaft am besten gewahrt wird. Vorschriften darüber, wie demnächst mit den bezeichneten Schriftstücken weiter zu verfahren ist, sind entbehrlich. Nach dem § 772 haben die Miterben in eine ihrem gemeinsamen Interesse entsprechende Art der Verwahrung zu willigen. Hierdurch wird ein den Verhältnissen des einzelnen Falles besser Rechnung tragendes Ergebniß erreicht als durch eine besondere Regelung (vergl. Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 885).

Darüber, ob der Veräußerer dem Erwerber die auf ein veräußertes Recht sich beziehenden Urkunden auszuliefern verpflichtet ist — eine Frage, welche trotz ihrer allgemeineren Tragweite im bayr. L. R. III, 1 § 14 Nr. 12 zugleich erörtert ist —, bedarf es jedenfalls an dieser Stelle weiterer Vorschriften nicht

[1]) Preuß. A. L. R. I, 17 §§ 124, 125; code civil Art. 842; sächs. G. B. § 2351; bayr. L. R. III, 1 § 14 Nr. 12; für württemb. Recht Stein § 340; Mommsen § 282; hess. Entw. Art. 318.

(vergl. § 301 in Verbindung mit dem § 1109 Abs. 1, Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 128, Motive zum Sachenrechte S. 745).

§ 2156.

6. Mitwirkung des Nachlaßgerichtes.

Geltendes Recht.

Nach dem gemeinen Rechte kann die Gemeinschaft an dem ganzen Nachlasse durch eine besondere Klage (actio familiae herciscundae) aufgehoben werden. Für den Fall, daß es zu dieser Klage kommt, werden dem Richter ausgedehnte Befugnisse in Ansehung aller Nachlaßgegenstände beigelegt. Der Richter kann, unter Nichtbeachtung des Grundsatzes, daß schon alle Rechte kraft des Gesetzes getheilt sind und den Erben an allen Sachen Eigenthum nach Bruchtheilen zusteht, die ganze Sache oder das ganze Recht dem einen oder anderen Erben zusprechen und bestimmen, daß und wie die übrigen Erben entschädigt werden, oder er kann auch Gegenstände versteigern und den erzielten Erlös vertheilen. Was der Theilungsrichter dem Einzelnen zuspricht, wird dessen besonderes Eigenthum. Zur Erledigung zu bringen sind zugleich die persönlichen Ansprüche, welche durch die Erbengemeinschaft zwischen den Erben begründet sind. Auch kann ein Erbe die Nachlaßschulden oder einzelne Schulden übernehmen; er wird dann gegenüber den Miterben verpflichtet, diese von der Haftung für die Schuld zu befreien[1]). Im Wesentlichen von dem gleichen Ausgangpunkte gehen aus, außer einigen Rechten geringeren Geltungsgebietes, das sächs. G. B. §§ 2343, 2347, 2348 und wohl auch Mommsen §§ 276, 283, 284, ferner der code civil Art. 822 ff., letzterer allerdings mit erheblichen Modifikationen.

Wie sich die Sache im Gebiete des preuß. A. L. R. zur Zeit gestaltet, ist nicht zweifelsfrei[2]).

Entwurf.

Der Entwurf hat in Ansehung der nicht auf Erbschaft beruhenden Gemeinschaft dem Prozeßrichter nicht eine ähnlich freie Stellung für den Fall der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruches auf Aufhebung der Gemeinschaft eingeräumt (vergl. § 769, Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 882, 883, 885 bei Anm. 3). Sollte dem Gerichte eine ähnliche Verfügungsmacht über die Theilungsmasse gegeben werden wie im gemeinen Rechte, sodaß das Gericht über die Theilungsmasse nach Rücksichten der Angemessenheit für den einzelnen Fall verfügen könnte, so würde dies etwa in der Art bestimmt werden können, daß dem Gerichte, wenn ein zur Auseinandersetzung berechtigter Testamentsvollstrecker nicht vorhanden ist, die Befugnisse eines solchen Vollstreckers (vergl. § 1898 Abs. 2—6) übertragen würden. Allein alle jene Gründe, welche dahin geführt haben, dem Theilungsrichter in Ansehung der Gemeinschaft, welche nicht auf Erbschaft beruht, so anomale Befugnisse nicht beizulegen, treffen bei der Erbengemeinschaft gleichfalls zu. Ganz besonders kommt in Betracht, daß eine anderweite Regelung sich kaum in den Rahmen der Reichsprozeßgesetzgebung würde einfügen lassen (Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 883). Gegen eine Uebertragung der für den Testamentsvollstrecker gegebenen Vorschriften

---

[1]) Windscheid § 608; Roth § 373 III.

[2]) Vergl. Eccius § 273 S. 642 ff.; Dernburg § 238.

spricht außerdem, daß es nicht zu rechtfertigen wäre, wenn die subsidiäre Ernennung des Gerichtes zu einem mit solchen Befugnissen ausgestatteten Testamentsvollstrecker fingirt und eine öffentliche Behörde angehalten würde, die fingirte rechtsgeschäftliche Berufung anzunehmen.

Der Entwurf beschränkt sich deshalb darauf, vorzuschreiben, das Nachlaßgericht habe durch Verhandlung mit den Erben die Auseinandersetzung der Erben auf Antrag eines Erben zu vermitteln, sofern nicht ein zur Auseinandersetzung berechtigter Testamentsvollstrecker vorhanden ist. Der Zweck der Vorschrift ist lediglich, dafür zu sorgen, daß den Erbtheilungsinteressenten die Gewährung der Vermittelung bei dem Geschäfte der Auseinandersetzung seitens einer Behörde gesichert ist. Die angemessene Regelung dieses Vermittelungsverfahrens bleibt Sache der Landesgesetzgebung; die letztere wird jedoch durch diese Anforderung veranlaßt sein, auf eine möglichst zweckmäßige Regelung Bedacht zu nehmen. An sich würden die Landesgesetze schon ohne jede derartige Vorschrift und ohne jeden Vorbehalt befugt sein, den Betheiligten die Beihülfe eines öffentlichen Organes zu Gebote zu stellen. Die schlichtende und vermittelnde Thätigkeit einer Behörde oder eines Beamten ist aber für die Betheiligten von ganz besonderem Werthe, auch wenn bei einem solchen Vermittelungsverfahren der Behörde oder dem Beamten die Befugniß versagt bleibt, irgend welchen Zwang durch Androhung privatrechtlicher Rechtsnachtheile auszuüben oder irgend eine die Betheiligten gegen ihren Willen bindende Entscheidung zu treffen. Die Thätigkeit der Behörde oder des Beamten muß auf die Vermittelung beschränkt werden. Den Verfügungen derselben einen Einfluß auf die Privatrechte der Betheiligten zu gestatten, wäre bedenklich, weil die Garantieen des ordentlichen Rechtsweges fehlen und auch nicht wohl durch eine eingehende Regelung des Verfahrens geschaffen werden können. Eine solche Regelung würde überdies, wenn der Behörde oder dem Beamten nicht die Befugnisse, welche das gemeine Recht dem Theilungsrichter gewährt, beigelegt werden sollen, große Schwierigkeiten bieten.

Anordnungen der Landesgesetze.

Die Landesgesetze werden hiernach anordnen können, daß das Nachlaßgericht die Betheiligten zum Erscheinen vorladen, möglicherweise auch deren Erscheinen durch die gesetzlichen Mittel erzwingen könne, daß dasselbe zu versuchen habe, unter den Erschienenen eine Vereinbarung in Ansehung der Auseinandersetzung herbeizuführen, mindestens aber die Streitpunkte zu verringern und festzustellen, und daß über diese Verhandlungen eine öffentliche Urkunde aufzunehmen sei. Nicht berechtigt sind sie, dem Nachlaßgerichte die Befugniß beizulegen, das Erscheinen unter Androhung zivilrechtlicher Nachtheile zu erzwingen, dem widerstrebenden Betheiligten Rechtsnachtheile mit Wirksamkeit anzudrohen, also etwa den Rechtsnachtheil des Einverständnisses mit den Vereinbarungen der Erschienenen oder der nicht Widerstrebenden. Ferner kann die obligatorische Natur einer solchen Art des Sühneversuches (§ 471 der C. P. O.) vor Beschreitung des Rechtsweges von ihnen nicht bestimmt werden.

Dafür, daß die Landesgesetze die dem Nachlaßgerichte zustehende Vermittelung Notaren übertragen können, wird im Einführungsgesetze Sorge getragen werden. Die Landesgesetze werden auch bestimmen können, daß das Nachlaßgericht im einzelnen Falle den Notar zu bezeichnen habe, welcher mit

der Auseinandersetzung sich zu befassen habe, oder daß die auf die Auseinandersetzung sich beziehenden Verrichtungen zum Theil den Gerichten, zum Theil den Notaren obliegen sollen.

Thätigkeit auf Anrufung.

Dem Naßlaßgerichte auch dann, wenn es nicht von einem Betheiligten angerufen ist, die Befugniß beizulegen, im Interesse der Auseinandersetzung von Miterben thätig zu werden, erscheint im Allgemeinen nicht zulässig. Eine derartige Einmischung des Nachlaßgerichtes oder einer Behörde oder eines Beamten von Amtswegen würde nicht dazu passen, daß der Behörde oder dem Beamten nur eine vermittelnde Thätigkeit zugewiesen ist. Eine vermittelnde Thätigkeit verspricht nur dann Erfolg, wenn ein Betheiligter dieselbe anruft. Jedoch bleibt der Prüfung bei Feststellung des Einführungsgesetzes vorbehalten, ob nicht den Landesgesetzen überlassen werden soll, die nach dem § 2156 dem Nachlaßgerichte obliegende Vermittelung auch ohne Antrag eines Miterben eintreten zu lassen, wenn Miterben binnen einer bestimmten Frist die Auseinandersetzung in Ansehung des Nachlasses nicht bewirkt haben.

Ueber das Erforderniß der Genehmigung seitens des Vormundschaftsgerichtes, falls bei der Erbtheilung Bevormundete betheiligt sind, bestimmt der § 1674 Nr. 4. Es bedarf daher hier einer weiteren Vorschrift nicht.

Gegenstand der Auseinandersetzung. Nicht ein judicium generale.

Zu bestimmen, auf welche Gegenstände die Auseinandersetzung sich zu erstrecken habe, ist hier nicht der Ort (vergl. § 770). Insbesondere kann nicht davon ausgegangen werden, das Auseinandersetzungsverfahren sei ein judicium generale und von dem Theilungsverfahren in Ansehung einzelner Erbschaftsgegenstände ebenso zu unterscheiden, wie der Erbschaftsanspruch von der Sondersachklage, und es knüpfe sich daran, daß Gegenstand der Auseinandersetzung die Erbschaft sei, die Folge, daß jeder Betheiligte im Auseinandersetzungsverfahren nur so viel fordern könne, als ihm unter Berücksichtigung der in der Erbengemeinschaft sich gründenden obligatorischen Beziehungen zukomme. Es würde ein innerer Widerspruch sein, ein doppeltes Gemeinschaftsverhältniß, nämlich eines in Ansehung der Erbschaft als eines ganzen Vermögens, ein zweites in Ansehung der einzelnen Nachlaßgegenstände anzunehmen. Soll die Erbschaft als Gemeinschaftsgegenstand angesehen werden, so müssen die Antheilrechte der Miterben an den einzelnen Gegenständen des Nachlasses verneint werden. Wird dagegen mit dem Entwurfe davon ausgegangen, daß im Allgemeinen die Aktiva und Passiva des Nachlasses nach dem Verhältnisse der Erbtheile kraft des Gesetzes, die Sachen und die diesen gleichstehenden Rechte, wenn auch nur juristisch, getheilt sind, so sind als Gemeinschaftsgegenstände nur die juristisch untheilbaren oder die nur nach Bruchtheilen getheilten einzelnen Gegenstände des Nachlasses anzusehen. Besondere Vorschriften könnten für die Gemeinschaft in Ansehung der einzelnen Nachlaßgegenstände wegen des gemeinsamen Ursprunges dieser Mehrzahl von Gemeinschaften gegeben werden, insbesondere in Rücksicht auf den Umstand, daß die kraft des Gesetzes getheilten Aktiva in einem gewissen Zusammenhange mit den Nachlaßverbindlichkeiten stehen, etwa dahin, daß die Schuldentilgung als eine gemeinschaftliche Angelegenheit zu behandeln sei. Solche Vorschriften würden aber doch immer nur den Karakter einer Ergänzung der Vorschriften über das nicht auf Erbschaft beruhende Gemeinschaftsverhältniß in ihrer Anwendung

auf einzelne Nachlaßgegenstände tragen. Die Zahl der aus dem Gemeinschaftsverhältnisse sich ergebenden Verbindlichkeiten könnte auf solche Weise vermehrt werden, die Gemeinschaft erhielte jedoch dadurch keinen anderen Gegenstand. Auf das röm. Recht kann in dieser Beziehung nicht Bezug genommen werden, nachdem von der anomalen Befugniß des Theilungsrichters, über den ganzen Nachlaß zu verfügen, abgesehen ist.

Ausdehnung der Naturaltheilung.

Die Frage, ob nicht bei der Auseinandersetzung der Miterben die Naturaltheilung in weiterem Umfange als im § 769 in Ansehung anderer Gemeinschaften zuzulassen sei, ist zu verneinen. Durch den Umstand, daß die einzelnen Gegenstände zum Nachlasse gehören, wird nicht das Bedürfniß einer Erweiterung der Naturaltheilung hervorgerufen. Nach der Natur jedes einzelnen Gegenstandes ist zu beurtheilen, ob und in welcher Weise die Theilung zu geschehen hat oder ob dieselbe schon durch das Gesetz herbeigeführt ist. Entscheidend ist, ob die Natur des Gegenstandes zuläßt, daß derselbe den Theilhabern nach Bruchtheilen zusteht oder ob der Gegenstand eine Gemeinschaft nach Bruchtheilen nicht verträgt (§ 762). Letzteres wird immerhin nur selten der Fall sein. Ferner kommt in Betracht, ob es sich um eine kraft des Gesetzes getheilte Forderung handelt, oder ob wegen Untheilbarkeit der Leistung nach dem § 320 die Theilung der Forderung kraft des Gesetzes ausgeschlossen ist. Auch der Umstand, daß Passiva vorhanden sind, steht an sich der Anwendung der Vorschriften über die Aufhebung der Gemeinschaft auf die Aktiva des Nachlasses nicht entgegen. Denn die Nachlaßverbindlichkeiten sind entweder kraft des Gesetzes getheilt, oder das Rechtsverhältniß der Miterben ist nach den Vorschriften über das Gesammtschuldverhältniß (§§ 320 ff.), oder über Schuldverhältnisse mit untheilbarer Leistung (§ 340) zu beurtheilen. Hiernach handelt es sich um die Frage, ob die Aufnahme von besonderen Vorschriften für die Erbengemeinschaft angezeigt sei, welche Abweichungen von den sonst für die Gemeinschaft geltenden Vorschriften bestimmen. Gründe für solche Abweichungen können nicht darin gefunden werden, daß es sich um Gegenstände handelt, welche zu einem ganzen Vermögen gehören, in Ansehung dessen eine Gemeinschaft und eine Auseinandersetzung der Theilhaber vorkommen kann. Denn Ausnahmevorschriften von einer solchen allgemeinen Tragweite sind selbst dem geltenden Rechte nicht bekannt. Zu beantworten ist also nur die Frage, ob derartige Gründe darin zu finden sind, daß die gemeinschaftlichen Gegenstände zu einer Erbschaft gehören. — Die Gründe, welche den Entwurf zu einer Beschränkung der Naturaltheilung veranlaßt haben (vergl. Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 883—885, vergl. auch Motive zum Sachenrechte S. 440, 441), behalten bei der Auseinandersetzung der Miterben ihr volles Gewicht. Hier tritt sogar noch ein weiterer Grund hinzu. Miteigenthum an Grundstücken entsteht erfahrungsgemäß bei Weitem am häufigsten im Falle der Erbengemeinschaft. Die Voraussetzungen, unter welchen der Entwurf die Naturaltheilung zuläßt (§ 769 Abs. 1 Satz 1), treffen bei Grundstücken nur selten zu. Auf diese Weise wird einer Zersplitterung der Grundstücke in einem gewissen Maße vorgebeugt. Gegen eine Zersplitterung der Grundstücke sind in neuerer Zeit von sehr vielen Seiten wirthschaftliche Bedenken erhoben. Diese Bedenken haben dann ein besonderes

Gewicht, wenn die Zersplitterung nicht die Folge eines Vertrages, sondern die Folge eines zufälligen Umstandes ist, der sich leicht wiederholt, wie gerade die Beerbung des Eigenthümers durch mehrere Personen. Daß das bürgerliche Recht die Berücksichtigung der wirthschaftlichen Gesichtspunkte ausschließlich der Agrargesetzgebung zu überlassen habe, ist nicht anzuerkennen.

Für eine Erweiterung der Naturaltheilung bei der Erbengemeinschaft kann nicht angeführt werden, die Erbschaftsgegenstände seien deshalb möglichst unverändert in den Händen der Erben zu erhalten, weil dieser Weg der Auseinandersetzung der kürzeste sei und den Gegenstand der Gemeinschaft, wenn der Nachlaß als ein solcher Gegenstand gedacht wird, am wenigsten zerstöre und weil ohne eine solche Erweiterung das mit der Vermittelung der Auseinandersetzung befaßte Nachlaßgericht abgehalten werde, solche Vorschläge in Ansehung der Auseinandersetzung zu machen, welche dem Interesse der Betheiligten am meisten entsprächen. Denn der Ausgangspunkt ist nicht als richtig anzuerkennen, daß der Nachlaß als Ganzes als Gegenstand der Gemeinschaft zu denken sei. Derselbe würde dahin führen, daß der Nachlaß als Ganzes zu versteigern sei. Ueberdies ist das Nachlaßgericht durch die gesetzlichen Vorschriften über die Art der Auseinandersetzung in keiner Weise gehindert, den Betheiligten Vorschläge zu machen, welche je nach den Umständen des Falles dem Interesse aller Miterben Rechnung tragen.

Die Rücksicht auf die Schonung des Pietätsgefühles der Miterben führt ebensowenig zu einem abweichenden Standpunkte. Freilich kann es unter Umständen einem solchen Gefühle der Miterben widerstreben, daß die Nachlaßgegenstände im Wege der Veräußerung in fremde Hände gelangen. Allein kein Erbe ist behindert, dieses zu vermeiden, indem er bei der Veräußerung den Gegenstand selbst ankauft und das Kaufgeld allenfalls aus dem ihm aus der Erbschaft sonst Zufallenden belegt.

Befriedigung der Nachlaßgläubiger.

Vorschriften, welche dem Miterben die Befugniß beilegen, von den übrigen Erben zu verlangen, daß aus dem Nachlasse die gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeiten, mit Einschluß der unter den Erben getheilten sowie derjenigen, für welche einem Miterben die übrigen Erben als Schuldner haften, berichtigt werden, sind nicht veranlaßt weder in solcher Allgemeinheit noch in der Beschränkung auf Nachlaßverbindlichkeiten, für welche die Erben als Gesammtschuldner haften und unter der weiteren Beschränkung, daß bereits die Fälligkeit eingetreten ist. Durch solche Vorschriften würden die Erben so behandelt werden, wie wenn unter ihnen eine Gesellschaft bestanden hätte, welche mit dem Beginne der Auseinandersetzung beendigt sei (vergl. § 656 Abs. 2 Satz 1). Allein die Vorschriften über die Auseinandersetzung der Gesellschafter eignen sich nicht zur Uebertragung auf das Verhältniß der Miterben. Denn sie beruhen auf besonderen Voraussetzungen, welche bei der Erbengemeinschaft nicht zutreffen. Jeder Gesellschafter ist gegenüber den übrigen Gesellschaftern verpflichtet, seine Antheilrechte bis zur Auseinandersetzung nicht zu veräußern, sie vielmehr zur zweckgemäßen Verfügung zu stellen, damit über die gemeinschaftlichen Gegenstände dem Zwecke der Gesellschaft gemäß, und zwar mit Einschluß des Liquidationszweckes, verfügt werde (vergl. § 645). Ferner sind die Gesellschafter

erforderlichenfalls nach dem § 656 Abs. 2 Satz 2, 3 verpflichtet, wenn die gemeinschaftlichen Gegenstände zur Berichtigung der Schulden nicht hinreichen, für den Fehlbetrag nach Maßgabe der Bestimmungen aufzukommen, welche für die Tragung des Verlustes gelten. Diese oder ähnliche Voraussetzungen liegen bei der Erbengemeinschaft nicht vor. Bei der Entscheidung für den § 655 ist auch das ideale Interesse jedes Gesellschafters, daß die Gläubiger das Ihrige erhalten, maßgebend gewesen (Motive zum Rechte der Schuldverh. S. 625). Die Miterben können gleichfalls ein ideales Interesse dieser Art haben. Allein dies würde nicht genügen, solche Vorschriften zu rechtfertigen. Ohne Gewicht für die Entscheidung ist ferner der Umstand, daß es möglich ist, die bezeichnete Befugniß nur gegenüber den Erben zu gewähren, also nur dann, wenn der Miterbe seinen Antheil an den Aktiven des Nachlasses noch nicht veräußert hat, ganz abgesehen davon, daß eine solche Unterscheidung eine willkürliche sein würde.

Nach der dem § 2051 und anderen Vorschriften des Entwurfes zu entnehmenden Auffassung sind die verschiedenen Erbtheile in Ansehung der Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten in gleicher Weise von einander getrennt, wie wenn sie von Anfang an verschiedene Vermögen gewesen wären. Ein Recht des einen Miterben, von dem anderen Miterben zu verlangen, daß dieser seine Verbindlichkeit, welche als Bruchtheil der Nachlaßverbindlichkeit mit theilbarer Leistung auf ihn übergegangen ist, berichtige oder zunächst kündige und dann berichtige, würde sich als ein Recht auf eine Leistung darstellen, an welcher der Berechtigte kein rechtliches Interesse hat. Anders gestaltet sich die Sache, wenn die Miterben in Ansehung einer Nachlaßverbindlichkeit zu einander im Verhältnisse als Gesammtschuldner stehen, wie dies insbesondere bei allen Nachlaßverbindlichkeiten mit untheilbarer Leistung stattfindet. Der einzelne Miterbe hat bei solchen Nachlaßverbindlichkeiten ein dringendes Interesse daran, daß die anderen Miterben sich mit ihm zur Bewirkung der Leistung vereinigen, damit die nachtheiligen Folgen der Nichterfüllung vermieden werden. Dieses rechtliche Interesse ist indessen allgemeinerer Natur; es besteht bei jedem Gesammtschuldverhältnisse, nicht ausschließlich bei einem Gesammtschuldverhältnisse der Miterben, und muß deshalb seinen Schutz in den Vorschriften des Rechtes der Schuldverhältnisse finden. Ein genügender Schutz der Gesammtschuldner in der angegebenen Richtung ist auch in dem Entwurfe zu finden. Aus dem § 337 Abs. 1, welcher nach dem § 340 auf die Verpflichtungen zu untheilbaren Leistungen Anwendung findet, ergiebt sich nicht allein ein Rückgriffsrecht gegen den anderen Gesammtschuldner, falls ein Gesammtschuldner mehr, als ihm im Verhältnisse der Gesammtschuldner zu einander obliegt, geleistet hat, sondern es findet sich darin ein Prinzip über ein inneres Schuldverhältniß der Gesammtschuldner, dessen eine Folge das Rückgriffsrecht ist (vergl. Motive zum Rechte der Schuldverh. § 337 S. 169). Aus diesem inneren Schuldverhältnisse ergiebt sich, daß die Gesammtschuldner gegen einander von vornherein zu der erforderlichen Mitwirkung bei der Leistung verpflichtet sind, sofern nicht etwa nach dem inneren Verhältnisse die Leistung nur von einem Gesammtschuldner oder einigen Gesammtschuldnern zu bewirken ist. In letzterem Falle können die nicht zur Leistung Verpflichteten von dem oder den Anderen Befreiung von ihrer Haftung verlangen.

Auf einer gleichen Auffassung beruht der § 1696. Auch dort ist angenommen, daß Sondervorschriften für einzelne Fälle der Gesammtschuld über das innere Schuldverhältniß unter den Betheiligten, welches sofort mit der Begründung der Gesammtschuld zur Entstehung gelangt, nicht am Platze seien, daß aber die Regelung des Rückgriffsrechtes einen Schluß darauf zulasse, daß die Gesammtschuldner von vornherein in einem inneren Schuldverhältnisse stehen, welches sie verpflichtet, so zu handeln, daß es überhaupt zu einem Rückgriffe nicht kommen könne (vergl. Motive zum Familienrechte S. 1178).

Anfechtung der Erbtheilung. Nachträgliche Theilung.

Besondere Vorschriften über die Anfechtung der Erbtheilung sind entbehrlich. Diese Anfechtung unterliegt den Grundsätzen des Allgemeinen Theiles. Ebensowenig sind Vorschriften über die nachträgliche Theilung von Gegenständen, welche bei der Erbtheilung unberücksichtigt geblieben sind, erforderlich (vergl. sächs. G. B. § 2348; code civil Art. 887[1]); u. A.). Vorschriften der letzeren Art würden zu der Auffassung des Entwurfes von der Gemeinschaft der Erben, insbesondere zu dem § 2156, nicht passen.

Ausgleichung wegen des Vorempfangenen.

Vorbemerkung.

Die Vorschriften des Entwurfes über die Ausgleichung weichen in mehrfacher Hinsicht von dem geltenden Rechte oder doch von einer großen Zahl der geltenden Rechte ab. Einige der Hauptabweichungen nebst den Gründen, auf welchen dieselben beruhen, vorauszuschicken, erscheint daher zweckmäßig. Daß das Institut aufgenommen ist (vergl. gegen dasselbe die Motive zum preuß. Entw. v. 1835 zu A. L. R. II, 2 Abschn. 5 S. 292), rechtfertigt schon der Umstand, daß dasselbe überall in Deutschland gilt.

Aufnahme des Institutes.

Ausgleichung nur unter Abkömmlingen als gesetzlichen Erben,

I. Der Entwurf bestimmt eine Ausgleichungspflicht nur unter den Abkömmlingen des Erblassers, und auch dies nur dann, wenn der Erblasser von mehreren als gesetzlichen Erben zur Erbfolge berufenen Abkömmlingen beerbt wird.

In Ansehung der Personen der Ausgleichungspflichtigen weichen ab der code civil Art. 843 (tout héritier venant à une succession), das bayr. L. R. III, 1 § 15 Nr. 1 (alle Notherben) und einige Rechte beschränkten Geltungsgebietes[2]). Dagegen stimmen in dieser Beziehung mit dem Entwurfe überein das preuß. A. L. R. II, 2 § 323, das österr. G. B., das gemeine Recht nach der herrschenden Auffassung[3]) und Mommsen § 290 Abs. 1. Gegenüber dem Ehegatten findet also eine Ausgleichung nicht statt. Das Letztere bestimmen das sächs. G. B. § 2362 und Mommsen § 290 Abs. 2 besonders, während nach den thüring. Erbgesetzen, dem lüb. Ges. v. 1862 Art. 15, dem oldenb. Ges. v. 1873

---

1) Vergl. für das gemeine Recht Windscheid § 608 Anm. 30.

2) Roth § 375 Anm. 5, 6.

3) Windscheid § 610 Anm. 6; Roth § 375 Anm. 30; — abweichender Meinung z. B. Sintenis und Vangerow. Vergl. im Sinne des Entwurfes Seuffert's Arch. 1 Nr. 264, 15 Nr. 231; Unger § 45 Anm. 6 für das österr. G. B.; für das preuß. A. L. R. Dernburg § 242, Eccius § 274 Anm. 26.

Art. 42 § 1 und nach dem schlesw. Rechte[1]) auch gegenüber dem Ehegatten konferirt wird.

Die Ausgleichungspflicht ist eine Beschwerung des dadurch betroffenen Abkömmlinges, welche das Gesetz mit Rücksicht auf den anzunehmenden Willen des Erblassers anordnet, ohne daß dieser Wille in der Form einer Verfügung von Todeswegen erklärt zu sein braucht. Deshalb fehlt es an jedem Anlasse, in dieser Hinsicht weiter zu gehen als die auf größeren Gebieten geltenden Rechte.

als eingesetzten Erben.

In Ansehung der Frage, ob nicht die durch letztwillige Verfügung berufenen Erben mindestens dann ebenfalls ausgleichungspflichtig sein sollen, wenn sie auch ohne die letztwillige Verfügung des Erblassers als dessen gesetzliche Erben zur Erbfolge berufen sein würden, oder wenn die letztwillige Verfügung nur in der Anordnung der gesetzlichen Erbfolge besteht, ist das geltende Recht verschieden. Vergl. einerseits Nov. 18 c. 6, bayr. L. R. III, 1 § 15 Nr. 1, das württemb. Recht nach Stein § 129 Anm. 1 und neben einigen Rechten beschränkten Geltungsgebietes den hess. Entw. Art. 330, sowie Mommsen § 299, — andererseits sächs. G. B. § 2371, österr. G. B. § 790. Wie das preuß. A. L. R. zu dieser Frage steht, ist nicht unbestritten[2]). Für die Auffassung des sächs. G. B. und des österr. G. B., welcher sich der Entwurf angeschlossen hat, spricht, daß auch in dieser Beziehung der anzunehmende Wille des Erblassers entscheidend ist. Wird der Abkömmling, welcher eine die Ausgleichungspflicht begründende Zuwendung unter Lebenden erhalten hat, zum Erben eingesetzt, so mindert sich die Wahrscheinlichkeit, daß derselbe an der Ausgleichung aktiv und passiv Theil nehmen solle, in bedeutendem Maße. In der Regel wird anzunehmen sein, der Erblasser habe durch die Erbeinsetzung vollständig verfügen wollen, ohne daß sein Wille noch durch das Gesetz ergänzt werden solle. Daran ändert der Umstand nichts, daß der Erblasser nach dem Entwurfe einen oder einige Abkömmlinge als Erben einsetzen und es in Ansehung anderer bei der gesetzlichen Erbfolge belassen kann. Denn daraus läßt sich noch nicht folgern, daß der Erblasser davon ausgegangen sei, diese Einsetzung solle ohne Einfluß auf die Ausgleichungspflicht sein. Das Gleiche gilt von der Einsetzung auf den gesetzlichen Erbtheil. Die Berücksichtigung der Fälle, in welchen die Zuwendung an den Abkömmling nach dessen Einsetzung erfolgt, kann gleichfalls nicht zu einer Ausdehnung der Ausgleichungspflicht führen. Vielmehr bleibt es Sache des Erblassers, wenn er verfügt, sich über die Tragweite seiner Verfügung auszusprechen. Selbst bei einer nachträglichen Zuwendung kann er seinen Willen kundgeben, sei es durch eine Auflage (vergl. § 448), sei es durch Verfügung von Todeswegen. Das Gesetz hat keinen Anlaß, in dieser Beziehung nachzuhelfen.

Geltendes Recht.

Entwurf.

Unabhängigkeit von der Auseinandersetzung.

II. Der Entwurf stellt die Ausgleichungspflicht völlig unabhängig von der sonstigen Auseinandersetzung der Erben hin. Das Ausgleichungsrecht ist

[1]) Vergl. Esmarch S. 230.

[2]) Vergl. Eccius § 274 S. 661, 662; Dernburg § 242 Anm. 16—18; für die Zulassung der Kollation hat sich das Reichsgericht entschieden in einem Urtheile vom 8. Dezember 1884, abgedruckt im Just. Min. Bl. für 1885 S. 157, 158.

also nicht ausschließlich bei der Auseinandersetzung und nicht etwa nur in der Weise geltend zu machen, daß durch die Einrede der Ausgleichungspflicht das Verlangen des Pflichtigen, ein Mehreres bei der Auseinandersetzung zu erhalten, als ihm unter Berücksichtigung seiner Ausgleichungspflicht gebührt, zurückgewiesen werden könnte.

Beruhte der Entwurf, wie z. B. das preuß. A. L. R. (vergl. zum § 2051 S. 527), auf dem Grundsatze, daß die Rechte an der Erbengemeinschaft nicht getheilt sind, so müßte eine auf die Erbschaft als Ganzes sich beziehende Auseinandersetzung stattfinden. Bei dieser Auseinandersetzung wäre alsdann die Frage der Ausgleichung gleichzeitig zu erledigen, und es ließe sich manches dafür anführen, daß alsdann das Recht auf die Ausgleichung wegfalle, wenn dasselbe bei der erforderlichen allgemeinen Auseinandersetzung ausnahmsweise nicht geltend gemacht sei. Indessen würde auch dann eine solche Vorschrift positiver Natur sein und sich nur auf die Annahme eines Verzichtes stützen lassen. Mit der Auffassung des Entwurfes, insbesondere der aus dem § 2051 und aus den §§ 2151 ff. sich ergebenden Anschauung, daß der Grundsatz des preuß. A. L. R. Billigung nicht verdiene, und daß dem Theilungsrichter die ihm von dem gemeinen Rechte beigelegten Befugnisse zu versagen seien, würde sich eine solche Beschränkung der Ausgleichungspflicht nicht wohl vereinigen lassen. Ist eine allgemeine Auseinandersetzung der Erben nicht erforderlich, so ist ein gleich dringlicher Anlaß zur Geltendmachung der Ausgleichungsansprüche nicht gegeben. Nicht gerechtfertigt wäre es daher, wenn bei jedem auf Nachlaßgegenstände sich beziehenden Theilungsverfahren ein nicht geltend gemachtes Recht auf Ausgleichung als durch Verzicht aufgegeben angesehen werden sollte.

Ferner ist der Anspruch auf Ausgleichung nicht wie eine Art von obligatio naturalis, welche nur im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann, zu behandeln. Eine derartige Abschwächung der Verbindlichkeit könnte nur aus besonderen Gründen bestimmt werden. Solche Gründe liegen nicht vor.

Endlich kommt in Betracht, daß nach den §§ 2051, 2151 ff. unter Umständen für eine Erbauseinandersetzung kein Raum bleibt, z. B. dann, wenn der Nachlaß ausschließlich aus Forderungen besteht, welche kraft des Gesetzes getheilt sind. In solchen Fällen würde es an jeder Gelegenheit fehlen, das Ausgleichungsrecht gegenüber einem Theilungsanspruche des Ausgleichungspflichtigen zur Geltung zu bringen. Die Ausübung des Rechtes auf die Ausgleichung würde mithin durch die zufällige Zusammensetzung des Nachlasses völlig vereitelt werden können.

Werthausgleichung, nicht Realkollation.

Geltendes Recht.

III. Der Entwurf beruht auf dem Grundsatze der Ideal- oder Werth-Ausgleichung, nicht auf dem Grundsatze der Natural- oder Realausgleichung (des Rückbringens). Dem letzteren Grundsatze folgen, zum Theil mit Modifikationen, der code civil Art. 858—860, 866, 868, 869, wohl auch das gemeine Recht[1]), die

[1]) Windscheid § 610 Anm. 29; Roth § 377 Anm. 2.

älteste deutschrechtliche Auffassung[1]), das bayr. L. R. III, 1 § 15 im Eingange und Nr. 18 und, außer anderen Rechten beschränkteren Geltungsgebietes, das sächs. G. B. §§ 2363, 2367. Der Gedanke der Idealkollation wird vertreten von dem preuß. A. L. R. II, 2 §§ 303, 309, von dem österr. G. B. §§ 793, 794, und gilt auch im schlesw. Rechte[2]). Das württemb. Recht kennt, wie einige andere Rechte beschränkten Geltungsgebietes, beide Arten der Kollation neben einander, nach Stein § 135 ist aber die Idealkollation die gewöhnliche.

Entwurf.

Der Entwurf hat sich für die Werthausgleichung entschieden. Der Erblasser giebt durch die Zuwendung etwas zum Eigenthume hin, nicht lediglich zur Verwaltung, wenn auch eine Ausgleichung vorbehalten oder als vorbehalten anzusehen ist. Am wenigsten ist anzunehmen, daß der Erblasser die Mehrung oder Minderung des Gegenstandes der Zuwendung den Ausgleichungsberechtigten zum Vortheile oder Nachtheile gereichen lassen wollte, wie wenn der Empfänger fremdes Gut verwaltete. Die Ausgleichung bezweckt Ersatz für die Zuwendung, nicht für das Zugewendete, wie es sich im Laufe der Zeit gestaltet hat. Der Rückfall des Eigenthumes wäre zudem aus nationalökonomischen Gründen nicht unbedenklich, weil schwebende Zustände Nachtheile für alle Betheiligten bringen.

Vorwegnahme von Sachen gleicher Art rc.

IV. Daß gegenüber dem zu II und III Erörterten von einem Vorausverabfolgen der Ausgleichungswerthe an die Berechtigten (vergl. preuß. A. L. R. II, 2 § 303; österr. G. B. § 793) nicht die Rede sein kann, erscheint selbstverständlich. Ebensowenig kann die dem württemb. Rechte (Stein § 135 zu 1b) bekannte Vorwegnahme von ebensoviel Sachen gleicher Art aus der Masse in Betracht kommen.

§ 2157.

1. Grundsatz.

Der § 2157 bringt die auf S. 698 ff. dargelegten Grundsätze, wenigstens zum Theil, zum Ausdrucke, insbesondere die Beschränkung auf den Fall der Beerbung durch mehrere als gesetzliche Erben zur Erbfolge berufene Abkömmlinge, ferner die Beschränkung auf Zuwendungen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden der in den §§ 2158, 2159 bezeichneten Art, endlich, daß nur gegenüber einem jeden anderen jener Abkömmlinge die Ausgleichungspflicht besteht. Die Fassung berücksichtigt die Möglichkeit, daß der Erblasser nur theilweise von gesetzlichen Erben als solchen beerbt wird.

In Ansehung des Ueberganges der Ausgleichungspflicht auf die Erben des Erben bedarf es besonderer Vorschriften nicht. Wenn solche Vorschriften im sächs. G. B. § 2360 und bei Mommsen § 293 sich finden[3]), so erklärt sich dies aus der Verschiedenheit in der Auffassung des Institutes.

Die Worte „Vorempfangenes" und „Ausgleichungspflicht" macht der Entwurf zu technischen, zur Erleichterung der Fassung der Vorschriften.

---

[1]) Stobbe § 284 I.

[2]) Vergl. Esmarch S. 231; ebenso entscheiden die thüring. Erbgesetze, Mommsen § 294, hess. Entw. Art. 337.

[3]) Vergl. Windscheid § 610 Anm. 3; Roth § 375 Anm. 21, 22.

§§ 2158, 2159.

2. Gegenstände.

Ueber die Gegenstände der Ausgleichungspflicht bestimmen die §§ 2158, 2159, und zwar bezeichnet der § 2158 diejenigen Gegenstände, in Ansehung deren die Ausgleichungspflicht eintritt, sofern sie nicht bei der Zuwendung ausgeschlossen wurde; der § 2159 befaßt sich mit den Zuwendungen, bei deren Vornahme der Erblasser die Ausgleichung angeordnet hat.

Wegen Verheirathung 2c. Zugewendetes.

Daß dasjenige zur Ausgleichung zu bringen ist, was der Erblasser dem Abkömmlinge wegen dessen Verheirathung, Errichtung eines eigenen Hausstandes, Uebernahme eines Amtes oder wegen Begründung eines Erwerbsgeschäftes oder einer selbständigen Lebensstellung zugewendet hat (§ 2158 Abs. 1 Satz 1), entspricht im Wesentlichen allen geltenden Rechten, wenn diese auch, insbesondere in der näheren Bezeichnung, mannigfach von einander abweichen[1]). Der Entwurf hält sich an den anzunehmenden Willen des Erblassers oder an den Zweck der Gabe. Eine ganz allgemeine Bezeichnung läßt sich kaum geben. „Zuwendung wegen Begründung einer selbständigen Lebensstellung" könnte ausreichend erscheinen. Alsdann bliebe aber zweifelhaft, wie weit die Ausgleichungspflicht sich erstrecke und ob insbesondere das einer Tochter behufs der Verheirathung Gegebene zur Ausgleichung zu bringen sei. Von „Ausstattung" wird nicht gesprochen, weil der Begriff der Ausstattung im § 1500 nach hier nicht zutreffenden Gesichtspunkten festgestellt ist. Indem über die Ausstattung im Sinne des § 1500 (diese ist nicht als Schenkung anzusehen) hinausgegangen wird, erleidet der Grundsatz des § 2159 eine gewisse Modifikation. Deshalb hinzuzufügen „auch wenn die Zuwendung eine Schenkung ist", erscheint nicht erforderlich, da auch ohne diesen Zusatz das Mißverständniß nicht entstehen wird, wegen des § 2159 sei dasjenige, was sich als Schenkung karakterisirt, nicht zur Ausgleichung zu bringen, wenn nicht bei der Zuwendung die Ausgleichungspflicht bestimmt ist.

Die Worte „wegen Begründung eines Erwerbsgeschäftes" sind im Anschlusse an den § 67 Abs. 2 (Motive zum Allg. Th. S. 142) bevorzugt vor dem im geltenden Rechte zumeist gewählten Ausdrucke „wegen Begründung eines eigenen Geschäftes oder Gewerbes". Die Worte „wegen Begründung einer selbständigen Lebensstellung" sind geeignet, Lücken zu vermeiden.

Abweichend von dem sächs. G. B. § 2354 (Mommsen § 288) sind Zuwendungen, welche zur Fortsetzung oder weiteren Einrichtung eines besonderen Hausstandes oder zur Fortsetzung eines Amtes erfolgt sind, nicht erwähnt, weil, wenn einmal die selbständige Lebensstellung begründet ist, eine zur Behauptung oder Ausdehnung der Lebensstellung erfolgte Zuwendung in der Regel einen wesentlich anderen Karakter haben wird und, sofern sie auf Freigebigkeit beruht, meist als gewöhnliche Schenkung zu beurtheilen ist.

---

[1]) Windscheid § 610 Anm. 13—15, 17—19; Roth § 376 I; Stobbe § 284 III; preuß. A. L. R. II, 2 §§ 303—305; sächs. G. B. § 2354; thüring. Erbgesetze; für württemb. Recht Stein § 132; lüb. Ges. v. 1862 Art. 15; Mommsen § 288; hess. Entw. Art. 326.

Die beigefügte Ausnahme wegen der Bestreitung der Kosten der Vorbildung zu einem Lebensberufe (Satz 2) trifft insbesondere die im geltenden Rechte verschieden beurtheilten Studienkosten[1]). Dieselbe entspricht dem sächs. G. B. § 2354 und anderen Rechten beschränkteren Geltungsgebietes[2]), nach Unger § 46 Anm. 6, 10 wohl auch dem österr. G. B. Die Aufnahme der Vorschrift, welche innerlich gerechtfertigt sein dürfte, ist wegen der großen praktischen Bedeutung der Entscheidung rathsam.

Nicht von gleicher Wichtigkeit sind die von manchen Rechten besonders hervorgehobenen Hochzeitskosten, Kosten für Reisen, für Erlangung eines akademischen Grades u. dergl. (code civil Art. 853; sächs. G. B. a. a. O.; bayr. L. R. III, 1 § 15 Nr. 6; u. A.)[3]).

Die Ausgleichung ausschließende Anordnung.

Daß die Ausgleichungspflicht ausgeschlossen ist, wenn der Erblasser bei der Zuwendung angeordnet hat, daß die Ausgleichung nicht erfolgen solle (§ 2158 Abs. 2), rechtfertigt sich mit Rücksicht darauf, daß der anzunehmende Wille des Erblassers zu entscheiden hat. Die Ausgleichungspflicht muß wegfallen, wenn bei der Zuwendung ein entgegengesetzter Wille von dem Erblasser erklärt und damit der unbeschränkte Zuwendungswille klargelegt ist. Eine solche Erklärung berührt nicht die Wirkung des Zuwendungsgeschäftes. Es bewendet also bei der Regel der Formfreiheit der Erklärung, selbst wenn das Zuwendungsgeschäft eine besondere Form erfordert, z. B. bei der Grundstücksübertragung die Auflassung.

Daß der Erblasser die Ausgleichungspflicht ausschließen kann, ist allen geltenden Rechten gemeinsam[4]). In Ansehung der Form bestehen jedoch Abweichungen (vergl. insbesondere preuß. A. L. R. II, 2 §§ 383—387).

Besondere Vorschriften darüber, in welcher Weise der Erblasser die seiner Zuwendung durch das Gesetz beigelegte Wirkung später beseitigen könne, erscheinen entbehrlich.

Angeordnete Ausgleichung.

Zuwendungen anderer Art, als die im § 2158 bezeichneten, läßt der Entwurf nur dann zur Ausgleichung bringen, wenn die Ausgleichung von dem Erblasser bei der Zuwendung angeordnet ist (§ 2159).

Bedeutendere Schenkungen.

Während der code civil Art. 843 ff. alle Vortheile anrechnen läßt, welche dem Erben direkt oder indirekt, aber freigebig, zugewendet sind, läßt das preuß. A. L. R. II, 2 §§ 327—329 (ebenso das goth. Erbges. § 56) bedeutendere Schenkungen, genauer „Grundstücke, Gerechtigkeiten und ausstehende Kapi-

---

[1]) Windscheid § 610 Anm. 16; Roth § 376 Anm. 16; Stobbe § 284 Anm. 22; Seuffert's Arch. 3 Nr. 349, 9 Nr. 190, 10 Nr. 67, 14 Nr. 151; wegen des preuß. A. L. R. Eccius § 274 Anm. 42, 44, Dernburg § 243 Anm. 6, 7.

[2]) Für württemb. Recht Stein § 133; der hess. Entw. Art 327 verbietet sogar die Ausgleichung, selbst wenn der Erblasser ausdrücklich das Gegentheil angeordnet hat.

[3]) Stobbe § 284 Anm. 20; Eccius § 274 Anm. 47, 48, Dernburg § 243 Anm. 8; für das württemb. Recht Stein § 133 Nr. 2.

[4]) Windscheid § 610 Anm. 9; Roth § 375 Anm. 25 ff.; preuß. A. L. R. II, 2 § 384; code civil Art. 843, 844; österr. G. B. § 792; sächs. G. B. § 2369; Mommsen § 298; hess. Entw. Art. 329; u. A.

talien", sofern nicht der Erblasser anders bestimmt hat, anrechnen[1]). Die übrigen Rechte lassen Schenkungen nur konferiren, wenn dies der Erblasser angeordnet hat, mit einzelnen, an sich nicht erheblichen Abweichungen[2]). Der Gedanke des preuß. A. L. R. läßt sich kaum genau fassen und entbehrt wohl auch der inneren Begründung.

Entwurf.

Der Entwurf folgt der Mehrzahl der geltenden Rechte, vermeidet aber, wie durchweg, von unentgeltlichen Zuwendungen zu sprechen. Das Erforderniß der Unentgeltlichkeit läßt sich auch nicht absolut aufstellen. Sonst würde der Umgehung des Gesetzes durch Bestimmung einer minimalen Gegenleistung der Weg zu sehr geebnet. Der Begriff der „Zuwendung" bestimmt sich nach der materiellen, nicht nach der juristischen Wirkung des Aktes und stimmt deshalb mit dem Begriffe der Schenkung (§ 437) nicht völlig überein. Daß Erfüllung einer Verbindlichkeit keine Zuwendung ist, bedarf einer besonderen Hervorhebung nicht.

Die Stellung des § 2159 hinter dem § 2158 rechtfertigt sich deshalb, weil der § 2158 den regelmäßigen Fall einer Ausgleichungspflicht trifft. Nach der historischen Entwickelung des Institutes ist jedenfalls die Ausgleichungspflicht im Falle des § 2158 die gewöhnliche.

Ausgleichungspflicht durch Vermächtniß.

Selbstverständlich kann ein Erblasser durch Verfügung von Todeswegen eine Ausgleichungspflicht auferlegen, indem er ein Vermächtniß anordnet.

Eine besondere Vorschrift über die Ausschließung der Verjährung in Ansehung eines Forderungsanspruches des Erblassers gegen seinen später ausgleichungspflichtigen Abkömmling, welche in Betracht kommen könnte, würde weder innerlich begründet sein noch sich durch ein praktisches Bedürfniß rechtfertigen lassen.

§ 2160.

3. Ausgleichungspflicht des an die Stelle eines Ausgleichungspflichtigen Tretenden.

Die Ausgleichungspflicht kann vereitelt werden, wenn der ausgleichungspflichtige Abkömmling den Erblasser nicht überlebt oder die Erbschaft ausschlägt oder durch letztwillige Verfügung des Erblassers oder durch Erbverzicht von der Erbfolge ausgeschlossen oder für erbunwürdig erklärt ist. Diese Folge wendet der § 2160 ab. In allen diesen Fällen soll der auf Grund der gesetzlichen Erbfolge an des Weggefallenen Stelle berufene Abkömmling des Erblassers auch wegen einer solchen Zuwendung zur Ausgleichung verpflichtet sein.

Es wird nicht unterschieden, ob derjenige, welcher die Zuwendung empfing, ein Vorfahre des Abkömmlinges, welcher zur Erbfolge gelangt, ist oder nicht ist. Die Ausgleichungspflicht tritt also z. B. auch ein, wenn ein Enkel zu der Zeit, in welcher er schon zu den gesetzlichen Erben gehörte, die Zuwendung empfing und dann später, aber noch vor dem Erblasser, welcher

[1]) Eccius § 274 S. 656, 657; Dernburg § 243 Nr. 2; Entsch. d. R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 118, 119.

[2]) Windscheid § 610; Roth § 376 I, 3; Stobbe § 284 Anm. 17, 18; sächs. G. B. §§ 2356, 2357, 2370; österr. G. B. §§ 788, 791; hess. Entw. Art. 324, 328; Mommsen § 289; u. A.

zugleich Kinder hinterlassen hat, gestorben ist, sodaß an die Stelle des Empfängers seine Geschwister treten, und ebenso, wenn ein solcher Enkel die Erbschaft ausschlägt. Dafür, daß in einem solchen Falle die an die Stelle des Empfängers der Zuwendung Tretenden durch die Ausgleichungspflicht nicht überschwert werden, sorgt der § 1973, nach welchem auch in Ansehung der Ausgleichungspflicht ein solcher Erbtheil als ein besonderer Erbtheil gilt.

Geltendes Recht.

Die Auffassung des gemeinen Rechtes in Ansehung des bezeichneten Falles ist nicht unbestritten, in der Praxis überwiegt aber wohl die Ansicht, daß der entferntere Abkömmling mit der Beschränkung auf „in quantum ad eum pervenit" die an seinen Vorfahren erfolgte Zuwendung zu konferiren hat, nach Einigen jedoch nur dann, wenn er der Erbe jenes geworden ist[1]). Die Mehrzahl der neueren Rechte läßt den entfernteren Abkömmling die an seinen Elterntheil erfolgte Zuwendung konferiren, ohne Rücksicht darauf, ob er Erbe des Elterntheiles geworden ist oder nicht (vergl. preuß. A. L. R. II, 2 §§ 359—363; österr. G. B. § 790; für württemb. Recht Stein § 129; sächs. G. B. § 2359, u. A.)[2]). Der code civil Art. 848 läßt nur, wenn der entferntere Abkömmling jure repraesentationis eintritt, diesen das seinem Vorfahren Zugewendete konferiren.

Entwurf.

Die Ansicht kann vertreten werden, der Entwurf müsse anders als geschehen entscheiden, weil er dem entfernteren Abkömmlinge kein Repräsentationsrecht gebe, sondern ihn kraft eigenen Rechtes erben lasse. Allein die Rücksichten auf die Billigkeit und den anzunehmenden Willen des Erblassers rechtfertigen die gegebene Entscheidung. Würde mit dem lüb. Ges. v. 1862 Art. 15[3]) von den entfernteren Abkömmlingen und auch von den in den sonst bezeichneten Fällen an die Stelle des wegfallenden Empfängers der Zuwendung Tretenden die Zuwendung nicht zur Ausgleichung gebracht, so wäre das Ausgleichungsrecht von zufälligen Ereignissen und im Falle der Ausschlagung der Erbschaft seitens des Empfängers sogar von dessen Willkür abhängig.

Eines besonderen Hinweises darauf, daß es ohne Belang ist, ob der an die Stelle des Empfängers der Zuwendung Tretende den Empfänger beerbt hat, bedarf es hier so wenig wie in den Fällen der §§ 1965, 1972.

Ersatzerben.

Eine Entscheidung darüber, ob die Ausgleichungspflicht auch den Ersatzerben treffe, ist entbehrlich. Ein Ersatzerbe kann nie ein gesetzlicher, sondern nur ein eingesetzter Erbe sein. Ihn berührt daher nach der Auffassung des Entwurfes die Ausgleichungspflicht nicht und ihm steht kein Ausgleichungsrecht zu. Selbstverständlich ist es dem Erblasser unbenommen, das gleiche Ergebniß, wie es der § 2160 für den an die Stelle des wegfallenden Empfängers der Zuwendung Tretenden bestimmt, in Ansehung eines Ersatzerben durch Verfügung von Todeswegen herbeizuführen. In einem solchen Falle handelt es sich aber

---

[1]) Windscheid § 610 Anm. 20; Roth § 375 Anm. 12; Seuffert's Arch. 10 Nr. 187, 11 Nr. 163 gegen 8 Nr. 69; für vormals hannov. Praxis Grefe 2 § 145 zu IV; für hamb. Recht Baumeister II § 128 bei Anm. 7; für schlesw. Recht Esmarch S. 230.

[2]) Vergl. thüring. Erbgesetze; Mommsen § 292 Abs. 1; hess. Entw. Art. 333.

[3]) Vergl. Plitt Anm. 116, 185.

um ein wirkliches Vermächtniß zu Gunsten oder zu Lasten des Ersatzerben, nicht um die gesetzliche Ausgleichungspflicht.

Mehrere Abkömmlinge.

Daß mehrere an die Stelle des Empfängers der Zuwendung getretene Abkömmlinge nach Verhältniß der ihnen in Folge des Wegfalles zugefallenen Erbtheile verpflichtet sind, versteht sich von selbst.

§ 2161.

Zuwendung an entferntere Abkömmlinge.

Weiter bleibt zu bestimmen, welche Bedeutung der an einen Abkömmling vor dem Wegfalle des ihn von der Erbfolge Ausschließenden erfolgten Zuwendung in Ansehung der Ausgleichungspflicht beizulegen ist. Eine besondere Entscheidung ist erforderlich, weil der § 2157 nicht bestimmt, daß die Ausgleichungspflicht nur eintrete, wenn der Empfänger schon zur Zeit der Zuwendung zu den gesetzlichen Erben gehört.

Entferntere Abkömmlinge sind, wenn sie zur gesetzlichen Erbfolge gelangen, ausgleichungspflichtig in Ansehung desjenigen, was sie zu einer Zeit empfingen, in welcher der sie von der Erbfolge ausschließende Abkömmling bereits weggefallen war. Dies ist selbstverständlich und von allen Rechten anerkannt.

Zweifel können aber bestehen in Ansehung desjenigen, was ein solcher Abkömmling zu einer Zeit empfing, in welcher der ihn von der Erbfolge ausschließende Abkömmling noch nicht weggefallen war. Auch diese Zuwendung lassen anrechnen das österr. G. B. § 790, das sächs. G. B. § 2358 und der code civil Art. 846. Anders das preuß. A. L. R. II, 2 § 363 und das württemb. Recht nach Stein § 129[1]). Im gemeinen Rechte besteht darüber Streit[2]). Der Entwurf entscheidet im Sinne des preuß. A. L. R. (Abs. 1). Daß der Erblasser dem Empfänger die Ausgleichungspflicht habe auferlegen wollen, läßt sich nur annehmen, wenn der Erblasser bei der Zuwendung den Empfänger sich als seinen künftigen gesetzlichen Erben gedacht hat. Es ist aber nicht wahrscheinlich, daß der Erblasser hierbei auf die erst später sich erfüllenden Möglichkeiten Rücksicht genommen hat; vielmehr wird er in der Regel von den Verhältnissen ausgehen, wie sie zur Zeit der Zuwendung liegen. Wäre der Empfänger zu dieser Zeit nicht kraft des Gesetzes Erbe geworden, so spricht die Wahrscheinlichkeit dafür, daß die Zuwendung vorbehaltlos erfolgen sollte. Einer mit Rücksicht auf die Möglichkeit, daß der Empfänger der Zuwendung gesetzlicher Erbe werde, bei Vornahme der Zuwendung getroffenen Anordnung des Erblassers über die Ausgleichungspflicht des Empfängers muß jedoch Wirksamkeit zugestanden werden.

an Adoptirte 2c.

Die Vorschriften des ersten Absatzes werden für entsprechend anwendbar erklärt auf die Zuwendung, welche ein Abkömmling, bevor er die rechtliche Stellung eines Abkömmlinges erlangt hatte, von dem Erblasser empfangen hat (Abs. 2). Nach dem gemeinem Rechte konferiren adoptirte und legitimirte

---

[1]) Vergl. Mommsen § 292 Abs. 3; hess. Entw. Art. 334.

[2]) Windscheid § 610 Anm. 21; Roth § 375 Anm. 13.

Kinder unbedingt[1]), ebenso nach Mommsen § 291, wohl auch nach preuß. A. L. R. (vergl. II, 2 §§ 692, 693, 596, 606)[2]). Das sächs. G. B. § 2355 gedenkt lediglich der Ausgleichungspflicht der an Kindesstatt Angenommenen; diese konferiren nur das nach der Annahme Erhaltene.

Für die Ausdehnung auf solche, welche die rechtliche Stellung eines Abkömmlinges nach der Zuwendung erlangt haben, sprechen die Gründe, auf welchen die Vorschrift des ersten Absatzes beruht. Im Uebrigen genügen die Vorschriften des Familienrechtes, aus welchen sich ergiebt, daß die Ausgleichungspflicht obliegt und das Ausgleichungsrecht zusteht Allen, welche die rechtliche Stellung eines Abkömmlinges erlangt haben.

§ 2162.

Zuwendung seitens eines Ehegatten aus dem Gesammtgute.

Für die Ausgleichungspflicht ist wie im § 1991 für den Pflichttheil der Zweifel zu lösen, welcher der beiden Ehegatten als der Zuwendende anzusehen ist, wenn der ausgleichungspflichtige Abkömmling in einem der in der Vorschrift bezeichneten Fälle von dem Ehemanne eine Zuwendung, welche nach den §§ 2158—2161 zur Ausgleichung zu bringen ist, empfangen hat. Diese Lösung giebt der erste Absatz in entsprechender Weise, wie sie im § 1991 gegeben ist.

Der zweite Absatz entscheidet durch Bestimmung entsprechender Anwendung der Vorschriften des ersten Absatzes für den Fall, daß die Zuwendung aus dem Gesammtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft erfolgt ist[3]).

Die Nothwendigkeit einer Entscheidung ergiebt sich aus dem Umstande, daß in den Fällen des ersten Absatzes der Ehemann stets die Zuwendung bewirkt. Ohne eine besondere Vorschrift könnte also die Ausgleichungspflicht immer nur bei der Beerbung des Ehemannes stattfinden. Dies Ergebniß würde weder mit dem Wesen der Gütergemeinschaft noch mit dem Gedanken der Ausgleichungspflicht vereinbar sein. Bei der Beerbung der Mutter wären deren einseitige Abkömmlinge nicht ausgleichungspflichtig, weil sie von ihr nichts empfangen haben; den Stiefvater beerben sie nicht, also würden sie gar nicht ausgleichungspflichtig sein. Aber auch in Ansehung der gemeinschaftlichen Abkömmlinge kann dieses Ergebniß nicht befriedigen, weil immerhin das Gesammtgut beiden Ehegatten gemeinschaftlich zusteht und weil dasselbe die Zweckbestimmung hat, sowohl als Vermögen des einen wie des anderen Ehegatten zu dienen, während doch die Zuwendung nur bei der Beerbung des Ehemannes eine Ausgleichungspflicht begründen würde. Noch mehr tritt die Unbilligkeit hervor, falls gleichzeitig gemeinschaftliche und einseitige Abkömmlinge vorhanden sind, in Ansehung der einseitigen Abkömmlinge des Ehemannes. Ist einer der Ehegatten gegenüber dem Gesammtgute ersatzpflichtig, so fällt das Bedürfniß zu einer besonderen Regelung weg; es erhellt dann

1) Windscheid § 610 Anm. 2; Roth § 375 Anm. 8.

2) Vergl. Dernburg § 242 Anm. 6, 7; Eccius § 274 Anm. 26.

3) Vergl. für das preuß. A. L. R. Eccius § 274 S. 663, 664, Dernburg § 242 Anm. 19.

zur Genüge, daß für die Ausgleichungspflicht darauf nichts ankommen kann ob die Zuwendung thatsächlich aus dem Gesammtgute erfolgt ist.

Die Vorschrift giebt zugleich darüber Auskunft, welcher Ehegatte die Ausgleichungspflicht erlassen oder anordnen kann, soweit es darauf ankommt.

§ 2163.

4. Inhalt der Pflicht.

Den Inhalt der Ausgleichungspflicht bestimmt der § 2163 dahin, daß der Verpflichtete jedem Berechtigten soviel zu entrichten habe, als der letztere erhalten würde, wenn ein dem Werthe des Vorempfangenen entsprechender Geldbetrag unter die Berechtigten und den Verpflichteten nach Verhältniß ihrer gesetzlichen Erbtheile zu vertheilen wäre. Auf die Auseinandersetzung wird aus den S. 699 ff. dargelegten Gründen nicht Bezug genommen. Eine Auseinandersetzung findet unter Umständen gar nicht statt, z. B. wenn nur kraft des Gesetzes getheilte Gegenstände vorhanden sind. Erfolgt eine Auseinandersetzung, so bleibt die Vorschrift nicht minder maßgebend; indessen wird alsdann der § 2164 Abs. 3 von besonderer Bedeutung.

Die Fassung berücksichtigt, daß der miterbende Ehegatte zu den Berechtigten nicht gehört und daß auch andere Miterben vorhanden sein können, welchen gegenüber die Ausgleichungspflicht nicht besteht.

Der Verpflichtete hat gegenüber den Berechtigten sich so behandeln zu lassen, wie wenn der dem Werthe des Vorempfangenen entsprechende Geldbetrag gemeinsames Gut wäre, welches er in Händen hat. Machen die Erbtheile des Verpflichteten und der Berechtigten nicht die ganze Erbschaft aus (sind z. B. auch nicht ausgleichungsberechtigte Personen Miterben), so werden die Antheile an dem Vorempfangenen in ähnlicher Weise wie im Falle des § 1794 berechnet. Eine wirkliche Gemeinschaft an dem Vorempfangenen findet unter den Betheiligten nicht statt, denn der Entwurf steht nicht auf dem Boden der Realkollation (S. 700, 701). Der Geldwerth des Vorempfangenen wird nur zu dem Ende als gemeinsames Gut der Betheiligten behandelt, um den Umfang der Verbindlichkeiten zu bestimmen.

Maßgebende Zeit.

In Ansehung des für den Werth maßgebenden Zeitpunktes bedarf es einer Entscheidung. Mit einigen geltenden Rechten in dieser Hinsicht zwischen Mobilien und Immobilien zu unterscheiden (code civil Art. 860, 868; österr. G. B. § 794; in gewissem Sinne auch preuß. A. L. R. II, 2 § 333, 334, 346, 347)[1]) wäre nicht rathsam. Obschon nicht zu verkennen ist, daß unter Umständen der Werth zur Zeit der Zuwendung schwierig festzustellen sein wird, entscheidet der Entwurf (Abs. 2) dennoch hierfür, weil dies allein der Auffassung entspricht, daß der Erbe sofort Eigenthümer wird, daher fortan Werthminderungen oder Werthmehrungen ihn allein angehen. Die abweichende Auffassung anderer Rechte, z. B. des gemeinen Rechtes, des bayr. L. R., des württemb. Rechtes[2])

[1]) Eccius § 274 Anm. 74 ff., 82; Dernburg § 244 Anm. 3, 4; — vergl. aber Mommsen § 294 Abs. 1 (dessen Mot. S. 327, 328); hess. Entw. Art. 328, Abs. 1.

[2]) Roth § 377 Anm. 5; Kreittmayr. Anm. 16b zu III, 1 § 15; Stein § 138 Anm. 1.

und des sächs. G. B. § 2365, welche den Werth zur Zeit der Erbtheilung entscheiden lassen, und des lüb. Rechtes sowie anderer Rechte beschränkteren Geltungsgebietes[1]), welche die Zeit des Anfalles für maßgebend erklären, kann gegenüber dem angeführten Grunde nicht ausschlaggebend sein. Zudem steht eine Anzahl dieser Rechte auf dem Boden der Realkollation.

§ 2164.

Ausgleichungspflicht als Nachlaßverbindlichkeit.

Der § 2164 fügt einige weitere Vorschriften zur näheren Karakterisirung der Pflicht und des Rechtes der Ausgleichung bei.

Der erste Absatz bezieht sich auf eine Eigenthümlichkeit der Ausgleichungsverbindlichkeit in Ansehung des Verpflichteten. Der Letztere soll nicht über den Werth desjenigen hinaus, was er erbt, haften; er soll nicht verpflichtet sein, ein Mehreres zurückzugewähren. Dies ist auch die Auffassung des preuß. A. L. R. II, 2 § 312 (freilich mit einer Modifikation für gewisse Fälle, II, 2 §§ 313 ff.), des österr. G. B. § 793, des sächs. G. B. § 2361 und der neueren Entwürfe[2]). Die Verpflichtung hat hiernach einen ähnlichen Karakter wie ein dem Verpflichteten auferlegtes Vermächtniß. Die begrenzte Haftung des Verpflichteten läßt sich daher angemessen in der Weise ausdrücken, daß die Ausgleichungsverbindlichkeit als eine dem Verpflichteten obliegende Nachlaßverbindlichkeit gilt (vergl. §§ 2117, 2133). Auf diese Weise wird zugleich klargestellt, daß dem Ausgleichungsverpflichteten das Inventarrecht zu statten kommt. Die Aufstellung weiterer besonderer Vorschriften wird entbehrlich. Etwaige Bedenken in Ansehung des Inventarrechtes, falls dieses gegenüber einem Miterben zusteht, beseitigt der § 2146 (vergl. S. 676, 677). Würde ausgesprochen, der Verpflichtete hafte nicht über die Höhe des Reinergebnisses seines Erbtheiles hinaus, so würden sich mannigfache Lücken ergeben. Insbesondere würde fraglich bleiben, wer die Voraussetzung für den Umfang der Haftung zu beweisen habe, auf welche Weise die Größe der Vermögensvermehrung festgestellt werde, welcher Zeitpunkt für diese Feststellung maßgebend sei u. s. w. Die Art, wie der § 319 die beschränkte Haftung desjenigen, welchem ein Vermögen durch obligatorischen Vertrag übertragen wird, bestimmt, kann nicht maßgebend sein. Denn die Vorschrift des § 319 ist weit weniger gefährlich für die Gläubiger, welche den sein ganzes Vermögen Uebertragenden als Schuldner behalten. Die Aehnlichkeit der Ausgleichungsverpflichtung mit dem Vermächtnisse tritt um so mehr hervor, als der Entwurf in den Fällen des § 2158 die Verpflichtung nur auferlegt, um den anzunehmenden Willen des Erblassers zu verwirklichen, in den Fällen des § 2159 aber sogar der erklärte, wenngleich formfreie Wille des Erblassers vorliegt, daß demjenigen, welcher die Zuwendung erhalten hat, die Ausgleichungsverbindlichkeit obliegen soll. Von einer Resolutivbedingung kann gegenüber der Idealkollation nicht die Rede sein. Eine Auf-

[1]) Plitt S. 74 Anm. 117; für frankf. Recht Bender S. 621; für schlesw. Recht Esmarch S. 231 unter 7.

[2]) Vergl. Eccius § 274 Anm. 20, 23; Dernburg §§ 241, 244; Mommsen § 297 (dessen Mot. S. 328, 329); hess. Entw. Art. 331.

lage läßt sich nicht annehmen mit Rücksicht auf die Auffassung, auf welcher der § 2163 beruht.

Anspruch unausgestatteter Geschwister.

Das preuß. A. L. R. verläßt seinen Grundsatz, daß der Ausgleichungsverpflichtete nichts herauszugeben hat, in II, 2 §§ 313—322 zu Gunsten unausgestatteter Geschwister[1]). Diese Ausnahme, welche den übrigen geltenden Rechten, soviel ermittelt, nicht bekannt ist, würde sich mit der dargelegten Auffassung nicht vereinigen lassen.

Ansprüche der Gläubiger.

Eine Eigenthümlichkeit, welche sich auf das Gläubigerrecht bezieht, bestimmt der zweite Absatz. Obschon der Ausgleichungsberechtigte das Recht auf die Ausgleichung nur hat, wenn und weil er erbt, so soll dieses Recht nicht als ein Bestandtheil des Erbtheiles angesehen, sondern so beurtheilt werden, als sei das Recht ein Theil des sonstigen Vermögens des Erben. Der Grund für die Vorschrift liegt darin, daß, wenn das Gegentheil aufgestellt würde, die Ausgleichungspflicht auch zum Vortheile der Nachlaßgläubiger wirken müßte. Dies wäre ein durchaus unangemessenes Ergebniß (vergl. Mot. des hess. Entw. zu Art. 335 S. 192). Die Durchführung der abgelehnten Auffassung würde aber auch zu kaum lösbaren Schwierigkeiten führen. Denn es müßte, wenn das Recht auf Ausgleichung als eine Erweiterung des Erbtheiles des Berechtigten angesehen werden sollte, eine entsprechende Minderung des Erbtheiles des Verpflichteten eintreten. Dadurch würde eine dinglich und nach außen wirkende Verschiebung der Bruchtheile, zu welchen die Erben den Nachlaßgläubigern haften, erforderlich. Schon die Berechnung dieser Bruchtheile würde überaus schwierig sein. Eine solche Regelung würde ferner in offenen Widerspruch treten mit dem Grundsatze, auf welchem der § 2163 beruht, daß das Ausgleichungsrecht zwischen den als gesetzliche Erben berufenen Abkömmlingen nur obligatorisch wirkt. Ein Ausfluß dieses Grundsatzes ist, daß das Ausgleichungsrecht für die Rechtsstellung dritter Personen, welche außerhalb des Kreises der Berechtigten und des Verpflichteten stehen, insbesondere also der Nachlaßgläubiger, ohne Einfluß sein muß. Dieser Karakter des gegenseitigen Verhältnisses gelangt zum Ausdrucke, indem verneint wird, daß der Ausgleichungsanspruch ein Bestandtheil des gesetzlichen Erbtheiles des Berechtigten sei. Die Beschwerung mit einer Ausgleichungspflicht wird auch in dieser Richtung der Beschwerung mit einem Vorausvermächtnisse gleichgestellt.

Praestationes personales.

Bei der Ausgleichungsverbindlichkeit besteht eine Gemeinschaft der Betheiligten an sich nicht, da es bei dem Ausgangspunkte des Entwurfes, welcher eine Realkollation nicht annimmt, an einem Gemeinschaftsgegenstande fehlt. Die Ausgleichungsverbindlichkeit bezielt jedoch eine nur nach innen und nur obligatorisch wirksame Veränderung der Erbtheile, Vermehrung auf Seiten des Berechtigten, Verminderung auf Seiten des Verpflichteten. Dieser Auffassung entspricht es (vergl. zum § 2163 S. 708), die Betheiligten im Verhältnisse zu einander so zu behandeln, als wären vermöge des Ausgleichungsrechtes ihre Erbtheile verändert. Dementsprechend gewährt der dritte Absatz bei der Auseinandersetzung dem Berechtigten gegen den Verpflichteten in Ansehung der

[1]) Vergl. Eccius § 274 Anm. 23—25; Dernburg § 244 bei Anm. 10.

sogenannten praestationes personales diejenigen Rechte, welche nach dem § 770 die Theilhaber gegen einander haben. Da es an einer Forderung aus einer Gemeinschaft fehlt, so kann nur von einer entsprechenden Anwendung die Rede sein. Einer Hinweisung darauf, daß der § 44 der Konk. O. nicht zur Anwendung kommt, bedarf es nicht, weil ein Gemeinschaftsverhältniß gar nicht vorliegt.

Ablehnung weiterer Vorschriften.

Die im geltenden Rechte über die Ausgleichungspflicht sonst noch sich findenden Vorschriften sind zumeist auf Grund der in der Vorbemerkung S. 698 ff. dargelegten Auffassung entbehrlich oder nicht angemessen.

Hierher gehören Vorschriften über den Untergang der Gegenstände, deren Zuwendung den Ausgleichungsanspruch rechtfertigt (preuß. A. L. R. II, 2 § 306; sächs. G. B. § 2364; Mommsen § 294 Abs. 2)[1]), über die Nutzungen und den Zuwachs dieser Gegenstände (preuß. A. L. R. II, 2 § 307; sächs. G. B. §§ 2363, 2368; code civil Art. 861—864 mit Art. 856)[2]), über Bestimmungen des Erblassers in Ansehung des bei der Ausgleichung maßgebenden Werthes (preuß. A. L. R. II, 2 §§ 341, 385; Mommsen § 295). Hat der Erblasser in Ansehung des Werthes Anordnungen getroffen, so ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen, welche Bedeutung denselben zukommt.

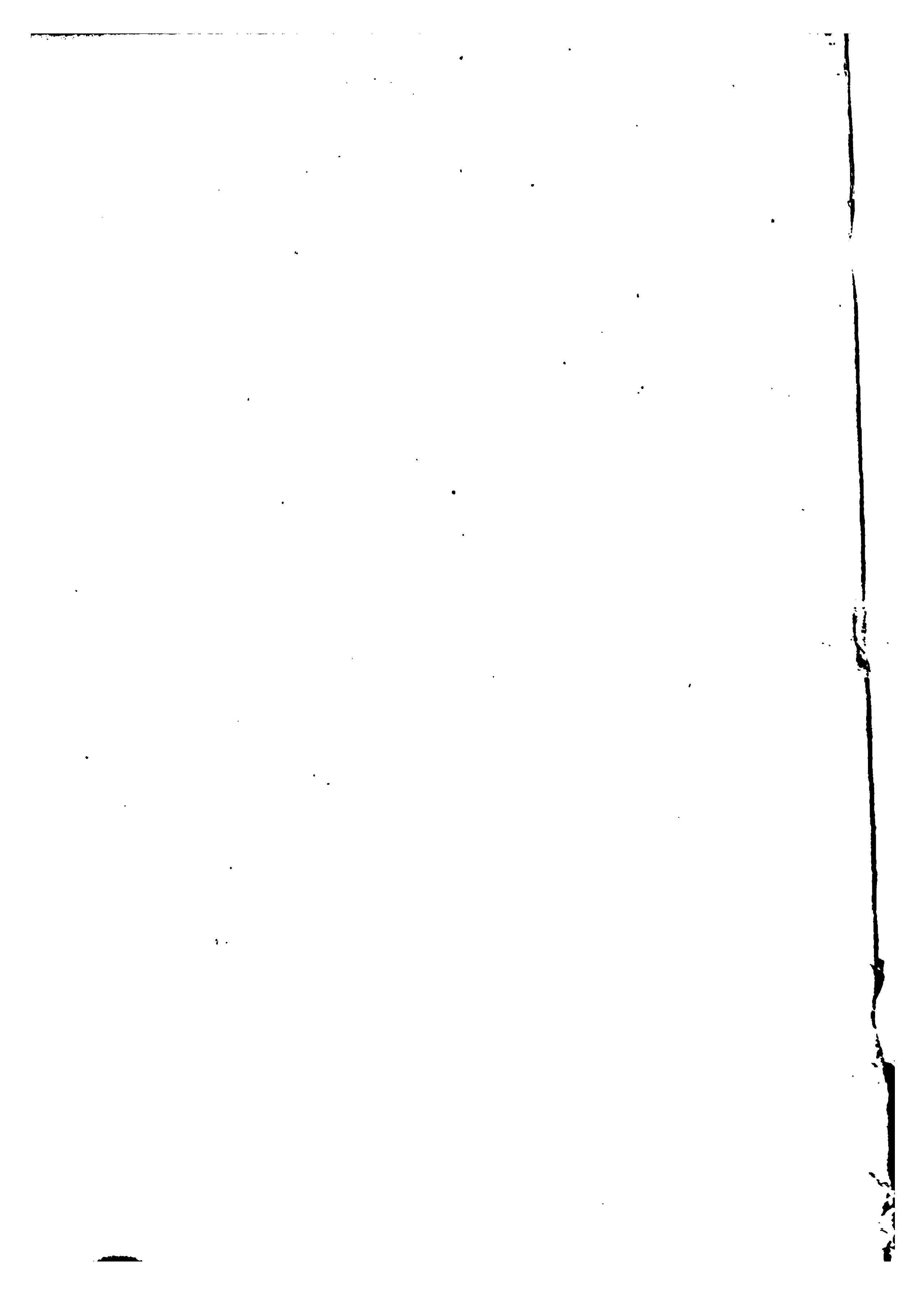
Endlich besteht kein Anlaß, Vorschriften über die Ausgleichung unter Miterben auf Grund einer letztwilligen Verfügung oder eines Vertrages zwischen dem Erblasser und dem Empfänger der Zuwendung zu geben, da der Entwurf die Ausgleichung nur unter den Abkömmlingen als gesetzlichen Erben regelt. Ueber Rechtsgeschäfte, deren Wirkung nach anderen Vorschriften sich bestimmt, ist hier nichts vorzuschreiben.

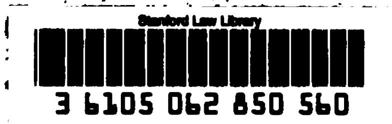
---

[1]) Windscheid § 610 Anm. 24; Roth § 376 Anm. 31; hess. Entw. Art. 338 Abs. 1.

[2]) Vergl. ferner Windscheid § 610 Anm. 22; Seuffert's Arch. 9 Nr. 191, 16 Nr. 178, 24 Nr. 250; Roth § 376 Anm. 27—30; für württemb. Recht Stein § 139; u. A.

Druck der Norddeutschen Buchdruckerei, Berlin, Wilhelmstraße 32.




Stanford Law Library
3 6105 062 850 560